



联合国国际贸易法委员会  
第三十三届会议  
2000年6月12日至7月7日，纽约

私人融资基础设施项目：  
私人融资基础设施项目立法指南各章草案

秘书长的报告

增编

三. 特许公司的选定

目 录

	段 次	页 次
立法建议.....		3
立法建议的说明.....	1-130	7
A. 一般考虑.....	1-33	7
1. 《指南》所涉及的筛选程序.....	3-4	7
2. 筛选程序的一般目标.....	5-16	7
3. 私人融资基础设施项目筛选程序的特点.....	17-26	9
4. 筛选进程的准备工作.....	27-33	11
B. 投标人的预选.....	34-50	12
1. 预选进程邀请书.....	35-37	12
2. 预选标准.....	38-40	12
3. 有关投标联营集团参加的问题.....	41-42	13
4. 预选与国内优惠.....	43-44	13
5. 资助参加筛选进程的费用.....	45-46	14
6. 预选进程.....	47-50	14
C. 征求投标书的程序.....	51-84	14

	段 次	页 次
1. 程序的阶段.....	52—58	15
2. 最后征求投标书通告的内容.....	59—70	16
3. 澄清和修改.....	71—72	19
4. 评价标准.....	73—77	19
5. 投标书的提交、开启、比较和评价.....	78—82	20
6. 最后谈判和授予项目.....	83—84	21
D. 直接谈判.....	85—96	21
1. 准许采用直接谈判的情况.....	89	22
2. 提高直接谈判透明度的措施.....	90—96	23
E. 非邀约投标书.....	97—117	24
1. 政策考虑.....	98—106	24
2. 处理非邀约投标书的程序.....	107—117	25
F. 审查程序.....	118—122	27
G. 授予项目的通知.....	123	29
H. 筛选和授标程序的记录.....	124—130	29

## 立法建议

对于希望促进私人融资基础设施项目的东道国，建议通过法律实施下列原则：

### 一般考虑（见第 1—33 段）

建议 14. 法律应规定通过透明而有效率的竞争性程序来选定特许公司，此种程序应切合于私人融资基础设施项目的特定需要。

### 投标人的预选（见第 34—50 段）

建议 15. 投标人应当表明他们符合订约当局认为适用于某个特定项目的预选标准，其中包括：

(a) 为实施项目的各个阶段，亦即工程设计、建造、运营和维修各阶段所必需的充分专业和技术资格、人力资源、设备和其他有形设施；

(b) 有充分的能力处理项目的财务事项并有能力支持项目的工程设计、建造和运营阶段的财政需求；

(c) 适当的管理和组织能力、可靠性和经验，包括先前运营公有基础设施的经验。

建议 16. 投标人应被允许组成联营集团提交投标书，但经预选后的某一联营集团的每一成员只能直接地或通过附属公司参加一个投标联营集团。

建议 17. 订约当局应拟定一份简短的预选选定的投标人名单，在预选阶段结束后，即邀请它们提交投标书。

### 征求投标书的程序（见第 51—84 段）

#### 单阶段和两阶段程序（见第 52—58 段）

建议 18. 在预选程序结束后，订约当局应邀请预选选定的投标人提交最后投标书。

建议 19. 尽管有上述规定，如果实际上还不能由订约当局拟定充分详细而精确的项目技术规格或性能指标与合同条款，以致尚不可能据以编写出最后投标书，在此种情况下，订约当局可以采用两阶段程序征求已通过预选的投标人提交投标书。在采用两阶段时，下述规定即适用：

(a) 订约当局应首先要求预选选定的投标人提交有关项目的产出规格和其他特点及有关拟议的合同条款的投标书；

(b) 订约当局应召集一次投标人会议以澄清与初步征求投标书有关的问题；

(c) 在审查了所收到的投标书之后，订约当局应在发出最后征求投标书通告前审查并视情况修正起初的项目规格与合同条款。

### 最后征求投标书通告的内容（见第 59—70 段）

建议 20. 最后征求投标书通知应至少包含有下述内容：

- (a) 投标人为了编写和提交其投标书而可能要求的一般性信息；
- (b) 适当的技术规格和性能指标，包括订约当局有关安全和可靠标准以及环境保护的要求；
- (c) 订约当局提议的合同条款；
- (d) 评价投标书的标准，给予每项此种标准的相对份量，以及在评价投标书时运用这些标准的方式。

#### **澄清和修改（见第 71 和 72 段）**

建议 21. 订约当局可以主动提出或在某个投标人要求澄清时，修改最后征求投标书通告的内容，在提交投标书截止日期之前的某一合理时间发出增补通告。

#### **评价标准（见第 73—77 段）**

建议 22. 评价和比较技术投标书的标准应涉及由投标人提交的投标书在多大程度上有效地符合订约当局的需要，包括下述方面：

- (a) 技术健全性；
- (b) 运营可行性；
- (c) 服务质量和确保连续性的措施；
- (d) 投标书提供的社会和经济发展潜力；

建议 23. 评价和比较财务和商业投标书的标准可酌情包括下述方面：

- (a) 特许期内拟议的通行费、手续费和其他收费的现值；
- (b) 提议由订约当局提供的直接付款（如果有）的现值；
- (c) 设计和建造活动费用，每年运营和维护费用，资本费用和运营、维护费用的现值；
- (d) 期望从政府得到的财政支持程度，如果有的话；
- (e) 拟议的财务安排的健全性；
- (f) 拟议合同条款的可接受程度。

#### **投标书的提交、开启、比较和评价（第 78—82 段）**

建议 24. 订约当局可以根据征求投标书通告中列明的标准，对于应列入投标书之内的质量、技术和商业内容，定出最低限值。未达到此种最低限值的投标书应看作是不符合要求。

建议 25. 不论是否采用预选程序，订约当局均可保留权利要求投标人按照征求投标书或预选文件中列明的标准和程序，再次表明其有关资格。在采用了预选进程的情况下，该标准应与预选进程中使用的标准相同。

### 最后谈判（见第 83 和 84 段）

建议 26. 订约当局应根据征求投标书通告中规定的评价标准对所有符合要求的投标书排定等级，并邀请达到最好等级的投标人参加项目协议的最后谈判。最后谈判不得涉及在最后征求投标书通告中所述不可谈判的那些合同条款。

建议 27. 如果订约当局明显地感到，与邀请的投标人进行的谈判最后不会达成项目协议，订约当局应告知该投标人终止谈判，然后根据排定的等级再邀请另外的投标人进行谈判，直至达成项目协议或否定所有余下的投标书。

### 直接谈判（见第 85—96 段）

建议 28. 法律应规定在何种特殊情况下可由更高一级的当局授权订约当局通过直接谈判来选定特许公司，例如：

- (a) 迫切需要确保服务提供的连续性，因此进行竞争性选择程序不切实际；
- (b) 项目期限短，而且预期的初始投资价值不超过确定的一个低数额；
- (c) 国防原因；
- (d) 只有一个来源能够提供所需要的服务（例如，由于项目要求使用专利技术或独特的专门技术）；
- (e) 在发布了预选程序邀请书或征求投标书通告之后，无人提出申请或提交投标书，或所有投标书都不符合征求投标通告中列出的评价标准，和如果订约当局断定，再发布新的征求投标书通告也不可能达致授予项目的结果；
- (f) 由于迫不得已的公共利益的原因，更高一级当局准许作为例外处理的其他情况。

建议 29. 法律可要求在直接谈判中遵行下述程序：

- (a) 订约当局应发布一份采用谈判程序的通知并在情况允许的范围内与尽可能多的、断定其有能力实施项目的公司进行谈判；
- (b) 订约当局应确定并向投标人公开其资格标准和用以评价投标书的标准，并确定给予每项此类标准的相对份量以及这些标准运用于投标书评价的方式；
- (c) 订约当局处理投标书的方式应避免将其内容泄露给参与竞争的投标人；
- (d) 订约当局与投标人之间的此类谈判应当保密，而且未经对方同意，谈判的任何一方不得向其他任何人披露任何技术、价格信息或有关谈判的其他商业信息；
- (e) 在谈判结束后，订约当局应要求继续留在程序中的所有投标人在规定的日期前提交关于其投标书各个方面的最佳和最后建议；
- (f) 应按照订约当局确定的投标书评价标准，对投标书作出评价并排定等级。

### 非邀约投标书（见第 97—117 段）

建议 30. 作为立法建议 14 至 27 所述筛选程序的例外情况，订约当局可以被授权按照法律中有关处理非邀约投标书的特殊程序，处理非邀约投标书，只要这种投标书

并不涉及订约当局已进行或已宣布筛选程序的某一项目。

#### **决定非邀约投标书可否收受的程序（见第 110—112 段）**

建议 31. 在收到和初步审查了某一非邀约投标书之后，订约当局应在合理的短期内告知提交人其所提项目是否具有潜在的公共利益。如果该项目被认为符合公共利益，订约当局应立即邀请提交人提出一份足够详细的正式建议书，使订约当局得以对所涉概念或技术作出适当的评价，并决定它是否符合法律规定的条件和是否可能按拟议项目的规模成功地加以实施。

建议 32. 在整个处理程序期间，建议提交人应保有对其提交的所有文件的所有权，如果投标书不被采纳，应将那些文件退还提交人。

#### **处理不牵涉专有概念或技术的非邀约投标书的程序（见第 113 和 114 段）**

建议 33. 如果认为不使用该提出非邀约投标书的人拥有专属权利的工艺、设计、方法或工程概念也能够达到该项目的预定产出，或建议的概念或技术并不是真正独特或新的概念或技术，订约当局应启动建议 14 至 27 所述的竞争性选择程序；

#### **处理涉及专有概念或技术的非邀约投标书的程序（见第 115—117 段）**

建议 34. 如果看来不使用该提出非邀约投标书的人拥有专属权利的工艺、设计、方法或工程概念并不能达到该项目的预定产出，订约当局应设法获得对非邀约投标书作出比较的要素。为此目的，订约当局应发布通告，描述该投标书的主要产出要点并邀请其他感兴趣的各方在某一合理时限内提交可替代的或可与之相比的投标书。

建议 35. 如果未收到可替代的投标书，订约当局可与非邀约投标书的提交人进行谈判，但须经上一级的当局批准。如果有人提交了可替代的投标书，订约当局应按照立法建议 29(b) 至 (f) 项的规定，邀请所有的建议人进行谈判。

#### **审查程序（见第 118—122 段）**

建议 36. 凡声称由于订约当局违反了法律规定的义务而遭受了或可能遭受损失或损害的投标人，可根据所在国的法律，请求复审订约当局的行为。

#### **授予项目的通知（见第 123 段）**

建议 37. 订约当局应促使以通知形式公布对项目的授予。通知中应指明特许公司并摘要公布项目协议的主要条款。

#### **筛选过程和授标过程的记录（见第 124—130 段）**

建议 38. 订约当局应对有关筛选过程和授标过程保存有适当的记录。法律应就有关公众查阅的要求作出规定。

## 立法建议的说明

### A. 一般考虑

1. 本章论述建议用于授予私人融资基础设施项目的方法和程序。依照有关国际组织如工发组织<sup>1</sup>和世界银行<sup>2</sup>等的建议,《指南》表示倾向于利用竞争性的筛选程序,而不是与投标人进行谈判,但同时又承认也可以按照有关国家的法律传统采用直接谈判的做法(又见第85—88段)

2. 本章所建议的筛选程序体现了《贸易法委员会货物、工程和服务采购示范法》(下称“贸易法委员会采购示范法”)<sup>3</sup>所规定的服务采购主要方法的某些特点。作了若干修改以便考虑到私人融资基础设施项目的特殊需要,例如其中明确界定的预选阶段。本章还在适当之外提请读者参阅《贸易法委员会采购示范法》的规定,经适当变通后可以补充本报告说明的筛选程序。

#### 1. 《指南》所涉及的筛选程序

3. 对基础设施的私人投资可以采取多种形式,每种形式都要求采用特殊的方法挑选特许公司。为了讨论《指南》所论述的基础设施项目可能的挑选方法,可以对基础设施私人投资的三种主要形式区分如下:

(a) 收购公用事业企业。私人资本可以通过收购公用事业企业的实物资产或股份向公共基础设施进行投资。此种交易常常是依据管理处置国有财产的合同授予规则进行的。在许多国家,公用事业企业股份的出售要求事先立法核准。处置方法常常包括在股票市场上出售股票或采用竞争性的程序如拍卖或招标,据以将财产授予报价最高的合格当事方;

(b) 提供公共服务但不开发基础设施。在其他各类项目中,服务提供者拥有并经营所有必要的设备,而且有时候为了提供有关的服务而与其他供应商展开竞争。有些国家的法律制定特殊的程序,国家可据以授权私营实体通过独占或非独占的“许可证”供应公共服务。许可证可公开提供给满足法律规定或许可证发放当局确定的资格要求的有关当事方。有时候,许可证发放程序牵涉向有关合格当事方的公开拍卖;

(c) 建造和经营公共基础设施。在有关建造和经营公共基础设施的项目中,私营实体既要提供工程又要向公众提供服务。管理这类合同授予的程序在某些方面类似于管理工程和服务的公共采购程序。国家法律为公共采购提供多种方法,从招标程序中严格安排的竞争方法到较不严格的与预期供应商的谈判。

4. 本章主要论述适用于这样一些基础设施项目的筛选程序:它涉及选定的私营实体负有义务对有关的基础设施进行实物建造、修理或扩建工程,以期以后由私人经营(即第3(c)段所述的)。它不具体涉及通过发放许可证或类似程序来选择公共服务提供者或仅仅通过增加资本或出售股权来处理国有财产的其他方法。

#### 2. 筛选程序的一般目标

5. 为了授予基础设施项目的合同,订约当局可以或者适用所在国法律已经规定的方法或程序,或者制定专门适用于该目的的程序。在任何一种情况下,重要的是应确保

此类程序普遍有利于实现有关授予公共合同的规则的基本目标。下文简要讨论这些目标。

#### **(a) 经济和效率**

6. 就基础设施项目而言，经济是指选定某一特许公司，它能够以最有利的价格，按所要求的质量建造工程和提供服务，或者它所提出的是最好的商业建议。在多数情况下，采用促进投资人之间相互竞争的程序最能有效地实现经济的目标。竞争是促使它们报出最有利条件的刺激，而且能够鼓励它们采用有效率或创新的技术或生产方法来做到这一点。

7. 不过，应当指出，竞争不一定要要求大批投标人参加某一特定的筛选程序。特别是就大型项目而言，订约当局可能有理由想将投标人数量限制到可加管理的数目之内（见第20段）。只要有适当的程序，订约当局甚至在竞争基础有限的情况下也能利用有效的竞争。

8. 让外国公司参与筛选程序，也常常能够促进实现经济目标。外国人的参与不仅能扩大竞争基础，它还能导致订约当局及其国家获得本国所缺的技术。在本国没有订约当局需要的那种专门知识的情况下，外国人参与筛选程序可能是必要的。希望取得外国参与好处的国家应当确保有关的法律和程序有利于外国人参与。

9. 效率是指在合理的时限内选定特许公司，行政负担减少到最低限度，而且订约当局和参与投标人双方的费用都很合理。低效率的筛选程序（例如，由于推迟挑选或行政费用高）除了给订约当局造成的直接损失以外，由于费用过高和手续过于繁琐的程序还能导致项目总成本增加，或者甚至使合格的公司根本不愿意参加筛选程序。

#### **(b) 促进筛选程序的公正和赢得信任**

10. 选择特许公司的规则的另一个重要目标是促进该程序的公正和增强人们对它的信任。这样，适当的挑选制度通常包含旨在确保公平对待投标人，减少或制止主持筛选程序的人员或参与该程序的公司有意或无意滥用该程序的行为，并确保在正确的基础上做出挑选决定的规定。

11. 促进筛选程序的公正将有助于增强公众对筛选程序和整个公营部门的信任。如果投标人不相信它们将会受到公平的待遇，它们的投标书或报盘具有被接受的合理机会，它们通常将不愿意花费时间和有时候花费大量资金来参加筛选程序。那些确实参加了它们对其缺乏信任的筛选程序的投标人很可能会提高项目成本以弥补较大的风险和较高的参与费用。确保筛选程序的健全运行能够削弱或消除此种倾向，并导致对订约当局的更有利的条件。

12. 为防止包括授标当局雇员在内的政府官员及投标人的腐败行为，所在国应当建立起一个有效的制裁制度。所涉制裁似可包括刑事制裁，适用于掌握筛选过程的官员以及参与筛选过程的投标人的非法行为。还应当避免个人利益与所担负职责之间的冲突，例如要求订约当局的官员及其配偶、亲属和合伙人不在参与挑选过程的公司中拥有债权或股权利益或同意担任此类公司的董事或雇员。此外，管辖筛选程序的法律应当责成订约当局拒绝下述当事方的报盘或投标书，该方直接或间接地向订约当局或其他公共当局的任何现任或前任官员或雇员提供或同意提供任何形式的赏金、就业建议或其他任何有价值的东西或服务，作为订约当局有关筛选程序所采取的行为、所做出的决

定或所执行的程序的利诱。这些规定还可辅之以其他的措施，例如要求应邀参加挑选过程的所有公司保证既不谋求不正当地影响参与选择程序的政府官员的决定，也不在其他方面通过串通或其他非法做法(即所谓的“整合协议”)以扭曲竞争。还有，在有些国家采用的采购做法中，要求投标人保证它未准许或将不赞许采购实体的任何官员从合同或合同授予过程中获得任何直接或间接的好处。违反此种规定一般构成违反合同的主要条款。

13. 做出适当规定保守投资人在筛选程序中提供的专利信息的秘密可以进一步增强投资人的信任。这应当包括做出充分的保证，即订约当局处理投标书时将避免向竞争的投标人透露其内容；将对任何讨论或谈判保密；投标人可能列入其投标书的行业信息或其他信息将不通报给它们的竞争者。

### (c) 法律和程序的透明度

14. 管辖挑选特许公司的法律和程序的透明度将有助于实现已经提到的各种政策目标。透明的法律系指这样的法律：其中订约当局和投标人应遵守的规则和程序充分披露，不过分复杂，而且以系统和可理解的方式加以表述。透明的程序系指这样的程序：它能使投标人弄清订约当局实行什么程序和它所做决定的依据。

15. 促进透明度和责任制的最重要的方法之一是列入要求订约当局对筛选程序保有记录的规定(见第 124—130 段)。摘要记载有关这些程序的主要信息的记录便利受害的投标人行使谋求复查的权利。这反过来又将有助于确保管辖筛选程序的规则尽可能具有自行管理和自动实施的性质。此外，法律中适当的记录要求将便利公共当局行使审计或监督职能，并促进订约当局在授予基础设施项目方面对于全体公众的责任制。

16. 经济、效率、公正和透明度等目标的一个重要的必然结果，人们可以利用行政和司法程序重新审查参与筛选进程的当局所做的决定(见第 118—122 段)。

### 3. 私人融资基础设施项目筛选程序的特点

17. 一般说，采用促进众多投标人在严格安排的正规程序的范围内竞争的方法，最能实现授予公共合同的经济的目标。国家法律通常将竞争性的筛选程序如招标规定为正常情况下采购货物或工程的规则。

18. 作为竞争性筛选程序特点的正规程序和客观性与可预测性一般为竞争、透明度和效率创造最适宜的条件。这样，工发组织一直建议在私人融资基础设施项目中使用竞争性筛选程序，它已拟订了关于如何安排这些程序的详尽的切实可行的指导意见。<sup>4</sup>世界银行提供的贷款所规定的采购原则也提倡使用竞争性筛选程序，并规定依照世界银行所接受的投标程序选定的特许权公司一般可以自由采用自己的程序授予执行项目所需的合同。不过，如果特许公司本身不是依据这种竞争性程序选定，分包合同的授予则必须依照世界银行的接受的竞争程序进行。<sup>5</sup>

19. 不过，应当指出，迄今尚未为私人融资基础设施项目的竞争性筛选程序专门拟订国际立法范本。另一方面，关于采购货物、工程或服务的竞争性程序的国内法律不一定完全适用于私人融资基础设施项目。授予私人融资基础设施项目方面的国际经验实际上表明，传统的竞争性筛选程序的形式如招标方法等存在一些局限性。根据下文简要讨论的、私人融资基础设施项目提出的特殊问题来看，政府最好考虑修改此类程序以用于选定特许公司。

### (a) 拟邀请的投标人的范围

20. 私人融资基础设施项目的授予一般牵涉复杂、费时和费钱的程序，而且，大多数基础设施项目规模庞大，仅此一点就减少了获得大批具有合适资格投标人的投标书的可能性。实际上，如果竞争范围过大，够格的投标人要冒不得不与不切实际的投标书或不合格的投标人提交的投标书相竞争的风险，它们就可能不愿意参加高价值项目的采购程序。因此，不经预选阶段的公开招标通常不适宜于授予基础设施项目。

### (b) 项目要求的界定

21. 在传统的建筑工程政府采购中，采购当局通常采取工程主人即雇主的立场，而被选定的承包商则履行施工者的职能。采购程序强调应由承包商提供投入，即由订约当局明确规定建设什么，如何建设和依靠什么手段建设。因此，通常的做法是建筑工程的招标书附有所采购的工程和服务种类的大量和极详细的技术规格。在这种情况下，订约当局将负责确保规格适合于拟建的那类基础设施，而且这种基础设施能够高效地运作。

22. 不过，对于许多私人融资基础设施项目而言，订约当局可以设想公营部门与私营部门之间进行不同的责任分担。在这类情况下，确定特殊的基础设施需要之后，订约当局也许宁愿让私营部门承担责任提出满足这种需要的最佳解决方案，但须遵守订约当局可以确定的某些要求(例如，管理、性能和安全要求，提供充分的证据证明建议的技术解决方案先前已经试用过，而且令人满意地符合国际上可接受的安全标准和其他标准)。这样，订约当局使用的筛选程序可以更加注重于项目预期的产出(即提供的货物或服务)而不是所实施的工程的技术细节或用来提供这些服务的手段。

### (c) 评价标准

23. 对于由公共当局出资、拥有和运营的项目，货物、建筑工程或服务一般使用核可的预算拨款所提供的资金来采购。由于资金来源通常有保证，采购实体的主要目标是使它所花的资金获取最大的价值。因此，在这类采购中，在符合要求和技术上可接受的投标书之中，中标的决定因素常常是为建筑工程报出的全盘价格，这种价格计算的依据是工程成本和承包商负担的其他费用加上一定的利润幅度。

24. 而私人融资基础设施项目，一般预期它在财务上能够自立，其开发和经营成本从项目本身的收益中回收。因此，除了建筑和经营成本及用户所支付的价格外，还有一系列其他的因素需要考虑。例如，订约当局必须仔细考虑项目的财务和商业可行性，投标人建议的财务安排的健全性，以及所使用的技术解决方案的可靠性。即使不涉及政府担保或付款，此种利害关系也存在，因为项目未完成而费用大大超额或超过预期维护成本，常常对所需服务的总的可获取性及对所在国舆论产生负面影响。还有，订约当局将力求制定适宜的资格和评价标准，充分注意确保有关公共服务的连续提供和适当地使之得到普遍利用。此外，鉴于基础设施的特许期通常很长，订约当局将需要确信为经营阶段而建议的安排的健全性和可接受性，并将仔细权衡投标书的服务要素(见第 74 段)。

### (d) 与投标人的谈判

25. 管辖招标程序的法律和条例常常禁止订约当局与承包商就它们提交的投标书进行

谈判。此种严格的禁令也载于《贸易法委员会采购示范法》第 35 条，其理由是谈判可能导致“拍卖”，在“拍卖”中，一个承包商报出的投标书被用来对另一个承包商施加压力，迫使它报出较低的价格或更有利的投标书。由于此种严格的禁令，一般要求依照传统的采购程序，被选定提供货物或服务的承包商随后签署在采购程序期间向它们提供的标准合同文件。

26. 授予私人融资基础设施项目的情况有所不同。此种项目的复杂性和长期性使得订约当局与选定的投标人不可能不经谈判和调整就商定项目协议草案的条款，谈判和调整的目的是修改这些条款以适应项目的特殊需要。对于牵涉开发新的基础设施的项目来说，情况尤其如此，在这种情况下，财务和担保安排的最终谈判只能在选定特许公司后进行。不过，重要的是确保这些谈判以透明的方式进行和不致变动据以开展竞争的基础(见第 83 和 84 段)。

#### 4. 筛选进程的准备工作的

27. 授予私人融资基础设施项目在多数情况下是一项复杂的工作，需要有关的办事机构进行仔细的规划和协调。通过确保提供充分的行政和人员支助以进行它选定的筛选程序，政府在增强对筛选过程的信任方面起着不可或缺的作用。

##### (a) 任命授标委员会

28. 一项重要的准备措施是任命授标委员会，负责评价投标书并向订约当局提出授标建议。任命合格、公正的成员进入评选委员会不仅是高效评价投标书的要求，而且能够进一步增强投标人对筛选过程的信任。

29. 另一个重要的准备措施是任命独立的顾问，他们将协助订约当局实施筛选程序。订约当局在此早期阶段可能需要得到独立专家或顾问的服务，以协助制定适当的资格和评价标准，确定性能指标(以及必要时确定项目规格)，并编写发给投标人的文件。也可以聘用咨询服务和顾问，协助订约当局评价投标书，起草和谈判项目协议等。咨询人员和顾问的帮助特别大，他们可带来所在国公务员中不一定总能具备的各种各样的技术专门知识，例如技术或工程咨询(如关于项目或装置的技术评估，合同的技术要求)；环境咨询(如关于环境评估、运作要求)；或财务咨询(如关于财务预测、筹资来源的审查、评估债务与股本之间的适当比率和起草财务信息文件)。

##### (b) 可行性研究和其他研究

30. 如上文指明的(见第一章，“一般的立法和体制框架”，第 25 段)，政府在建议的基础设施项目方面应当采取的初始步骤之一是对其可行性进行初步评估，包括经济和财务方面，例如项目的预期经济利益，经营基础设施的成本估计和预期的潜在收入。选择作为私人融资项目来发展基础设施需要对于项目的可行性和财务自立能力得出肯定的结论。项目的环境影响评估通常也应由订约当局进行，作为可行性研究的组成部分。在有些国家，据发现规定由公众以某种形式参与初步评估项目的环境影响及评估用以尽量缩小影响的各种选择方案是有益的。

31. 在导致选定未来特许公司的程序启动前，订约当局最好审查和按要求扩展这些初步的研究。有些国家建议订约当局在邀请私营部门提交投标书前拟订用作参照的示范项目(典型的情况包括估计的资本投资、经营和维护成本等)。此种示范项目的目的是

证明基础设施商业性经营的可行性和项目在投资总成本和公众代价方面的可承受性。这类示范项目也为订约当局提供有用的手段来比较和评价投标书。有证据证明订约当局仔细审议了项目的技术、经济和财务假设，以及建议的私营部门的作用，将会增强投标人的信任。

### (c) 文件的编写

32. 授予私人融资基础设施项目的筛选程序一般要求编写大量文件，其中包括项目概要、预选文件、征求投标书通告、编写投标书的指示和项目协议的草案。订约当局发布的文件的质量和明晰度在确保筛选程序高效和透明方面起着重要的作用。

33. 以足够精确的用语编写的标准文件可能是促进投标人与预期的放款人和投资人之间谈判的一个重要的因素。它也可能有助于确保在处理某个部门多数项目共同的问题时保持一致。不过，在使用标准合同条款时，最好记住这样一种可能性：某个具体项目可能提出在编写标准文件时未预计到的问题，或者该项目可能需要采取与标准条款也许不相同的特殊的解决方案。应当审慎地考虑到需要在下述两者之间实现适当的平衡：一方面是某一特定类的项目协议需要有统一性，另一方面是为找到适合特定项目的解决方案需要有灵活性。

## B. 投标人的预选

34. 鉴于私人融资基础设施项目的复杂性，订约当局不妨对日后要求其提交投标书的投标人数目加以限制，仅限于符合某些资格标准的投标人。在传统的政府采购中，预选进程可能是核实某些正规要求，例如提供适当的证据证明技术能力或以前在该类采购方面的经验，以便达到预选标准的全体投标人可以自动进入投标阶段。相反，私人融资基础设施的预选进程可能涉及评价和挑选的内容。例如，订约当局对预选选定的投标人排列名次，就可能属于此种情况(见第 48 段)。

### 1. 预选进程邀请书

35. 为了促进透明度和竞争，可取的做法是在公布预选进程邀请书时，应使读者对象的范围大到足以提供有效程度的竞争。许多国家的法律指定公布预选进程邀请书的出版物，通常是官方公报或其他官方出版物。为了促进外国公司参与和尽量推动竞争，订约当局不妨促使预选进程邀请书也以国际贸易中惯用的语文刊登在国际发行范围广泛的报纸上，或刊登在国际广泛发行的贸易出版物或技术或专业杂志上。一种可能的刊登媒体是联合国秘书处新闻部出版的《发展商务》。

36. 预选文件应当载有充分的信息，使投标人能够弄清项目所需的工程和服务是否属于它们所能提供的那一类，如果是这样，它们如何能够参与筛选程序。除了指明拟建设或整修的基础建筑外，预选进程的邀请书还应载有关于项目其他主要要素的信息，例如特许公司将提供的服务，订约当局设想的财务安排(例如，项目是否完全将由使用费或通行费供资，或是是否将提供公款作为直接投资、贷款或担保)，而且，在已知的情况下，应载有筛选进程将导致订立的项目协议主要条款的摘要。

37. 除此之外，预选进程邀请书还应包括类似于依照政府采购一般规则预选文件中一般提供的那种信息。<sup>4</sup>

## 2. 预选标准

38. 一般说，应要求投标人证明，它们具有实施项目所需的专业和技术资格、资金和人力资源、设备和其他物质设施、管理能力、可靠性和经验。对于私人融资基础设施项目可能特别有关的补充标准可包括管理项目财务方面的能力和以前经营公共基础设施或在管理监督下提供服务的经验（例如以往业绩的质量指标，投标人先前实施过的项目的规模和类别）；项目中拟雇用的重要人员的经验水平；足够的组织能力（包括最低限度水平的建造、运营和维修设备）；支持该项目工程设计、建造和运营各阶段所需资金的能力（例如有证据证明投标人有能力为项目提供足够数额的自有资本，和由有良好声誉的银行提供充分证据，证明投标人有良好的财政实力）。<sup>5</sup>

39. 拟由订约当局考虑的一个重要方面涉及某个特定项目的授予同政府对于有关部门的政策之间的关系（见“私人融资基础设施项目导言和背景资料”，第21—46段）。如果谋求竞争，政府可能关心确保有关市场或部门不为一家企业所支配（例如，在特定的地区内，同一家公司不得经营超过某一限定数目的本地电话公司）。为执行此种政策，并避免由已经在某一经济部门得到了特许权的投标人支配市场，订约当局似应在预选文件中列入关于授予新特许权的规定，限制此种投标人的参与或防止其再得到另外的特许权。为了保持透明度，最好由法律规定，如果订约当局保留以这些理由或类似理由拒绝投标书的权利，就必须在预选进程邀请书中写明对于此种情况的适当通知。

40. 资格要求应平等地适用于所有投标人。订约当局不应对于投标人的资格实施任何未在预选文件中列明的标准、要求或程序。在审议投标联营集团的专业和技术资格时，订约当局应考虑联营集团成员各自的专业化情况，并评估联营集团成员的资格合起来是否足以满足项目各个阶段的需要。

## 3. 有关投标联营集团参加的问题

41. 鉴于多数基础设施项目规模庞大，有关的公司一般通过为此目的而组成的联营集团参加筛选过程。因此，要求投标联营集团成员提供的信息应涉及整个联营集团及有关各个参加者。为了便利与订约当局的联系，也许可以在预选文件中要求每个联营集团应指定其一名成员作为联络中心，与订约当局进行一切通信联系。订约当局一般最好要求投标联营集团的成员提交宣誓证词，保证如果授予合同，它们将负连带责任，承担项目协议所规定的、以联营集团名义承担的义务。或者，订约当局可自行保留权利，在以后阶段要求选定的联营集团成员建立实施项目的独立法人实体（又见第四章，“基础设施的建设和运营”，第12—18段）。

42. 订约当局最好还要仔细审查联营集团及其母公司的组成。可能有这样的情况，即一家公司直接或通过其子公司加入一个以上的联营集团，提交同一项目的投标书。不应允许出现这种情况，因为它增大了泄漏信息或造成联营集团之间相互串通的风险，从而破坏筛选进程的可信性。因此最好是在预选进程邀请书中规定，一个合格的联营集团，其任一成员只能直接或通过子公司参加对项目的一个投标。违反这项规则应导致有关联营集团和各成员公司被取消资格。

## 4. 预选与国内优惠

43. 有些国家的法律规定给予国内实体某种优惠待遇，或给予保证利用本国货物或劳力的投标人某种特殊的待遇。此类优惠或特殊待遇有时规定为重要的资格标准（例如，

本国参与联营集团的最低百分比)，或者规定为参加筛选程序的一个条件(例如，任命一个本国合伙人作为投标联营集团的领导人)。

44. 国内优惠可能引起各种各样的问题。首先，根据有些国际金融机构的指导原则，是不允许使用这种优惠的，因此这种做法可能不符合许多国家依据区域经济一体化或贸易手续简化的协定而订立的国际义务。而且，从所在国的观点看，重要的是应当权衡得失利弊，因它将使订约当局失去获得更好选择以满足本国基础设施需要的可能性。还有一点重要的是不能允许完全与外国竞争隔绝，以便不使本国工业有关部门较低水平的经济、效率和竞争力永久化。为此，希望向本国供应商提供某些刺激同时又利用国际竞争的许多国家并不打算完全排斥外国参与或提出限制性的资格要求。国内优惠可采取特殊评价标准的形式，为本国投标人或提议在本国市场上采购用品、服务和产品的投标人确定一个优惠幅度。《贸易法委员会采购示范法》第34条第4(d)款规定的优惠幅度方法，比起主观的资格或评价标准来较为透明。此外，它允许订约当局倾向能够接近国际竞争标准的本国投标人，而且这样做时并不简单地排斥外国竞争。如果设想给予国内优惠，应当事先宣布，最好在预选程序邀请书中宣布。

## 5. 资助参加筛选进程的费用

45. 提供预选文件时收取的价款应当只是反映出印刷预选文件和向投标人提供这些文件的成本。不应当以此作为限制投标人数的补充手段。此种做法既无效益，而且还增加已经不低的参加预选进程的费用。编写基础设施项目投标书费用大，而且筛选程序不一定能导致授予合同的风险也较高，这可能成为有些公司不愿加入联营集团提交投标书的因素，当它们不熟悉所在国适用的筛选程序时尤其是这样。

46. 因此，有些国家允许订约当局考虑做出安排，如果由于预选选定的投标人无法控制的原因项目不能进行，将对它们做出补偿，或在特殊情况下所涉的复杂性和大大提高竞争质量的前景证明需要资助在预选阶段后预选选定的投标人承担的费用，也可以这样做。如果设想给予此种资助或补偿，应在早期阶段，最好在预选进程邀请书中就告知潜在的投标人。

## 6. 预选进程

47. 对于投标联营集团就澄清预选文件提出的，订约当局在提交申请书截止日期前合理的时限内收到的任何要求，它均应做出答复，以便使投标人能够及时提交其申请书。对于任何要求的答复，如果合理预期对其他投标人有关，应在不指明提出要求者的情况下将此种答复同时告知订约当局向其提供了预选文件的所有投标人。

48. 在有些国家，关于筛选程序的实际指导文件鼓励国内订约当局将预期的投标书限制到足以确保富有意义的竞争的尽量少的数目(例如三至四份)。为此，这些国家在考虑到项目性质的情况下，对技术、管理和财务标准实行定量评级办法。据认为，定量预选标准与牵涉使用评分打分的质量标准相比较易实行和透明。不过，在制定定量评级办法时，重要的是避免不必要地限制订约当局评估投标人资格的酌处权。订约当局还可能考虑到这样一个事实，即有些多边金融机构的采购指导原则禁止使用预选进程以便将投标人数目限制到预定的数目。无论如何，如果打算使用这种评级办法，应当在预选文件中明确说明。

49. 预选阶段结束后，订约当局通常即拟定一份预选选定投标人最后候选名单，随后将邀请它们提交投标书。订约当局有时遇到的一个实际问题涉及筛选程序期间关于投

标联营集团成员变动的建议。从订约当局的观点看，对于预选阶段结束后建议的联营集团个别成员的替代建议问题，谨慎从事一般是可取的。联营集团组成的变化可能大大改变订约当局列出预选选定投标联营集团最后候选名单的基础，并可能使人对筛选进程的公正产生疑问。通常，只应允许预选选定的投标人参加筛选阶段，除非订约当局确信，联营集团新的成员基本上与联营集团退出的成员同样符合预选标准。

50. 虽然在评价阶段不应再次衡量用于预选投标人的标准，但是订约当局不妨自行保留这样的权利，即在筛选过程的任何阶段要求投标人再次按照用于预选的相同标准证明它们的资格。

### **C. 征求投标书的程序**

51. 本节讨论征求预选选定的投标人提交投标书的程序。本节所述的程序在若干方面类似于《贸易法委员会采购示范法》规定的依照采购服务优先方法的邀约投标书的程序，但作了必要的部分修改以适应授予基础设施项目的订约当局的需要。

#### **1. 程序的阶段**

52. 在投标人的预选结束后，订约当局最好审查其原始可行性研究报告和所界定的产出和性能要求，并考虑根据预选进程期间获取的信息是否有必要修订这些要求。在此阶段，订约当局应当已经确定了将利用单阶段还是两阶段来征求投标书。

##### **(a) 单阶段程序**

53. 采用单阶段还是两阶段程序征求投标书的决定将取决于合同的性质，如何能够精确界定技术要求，以及是否利用产出结果(或性能指标)来选定特许公司。如果认为订约当局将性能指标或项目规格拟订到必要的精确和确定程度既可行又可取，可将筛选程序安排为单阶段程序。在此种情况下，在投标人预选结束后，订约当局将直接发出最后征求投标书通告(见第 59—72 段)。

##### **(b) 两阶段程序**

54. 但是在有的情况下，订约当局无法以足够详细和精确的项目规格或性能指标拟订它的要求以使投标书能够依据这些规格或指标统一拟订、评价和比较。例如，如果订约当局还未确定何种技术和物质投入将适合于有关项目(例如用于桥梁的建筑材料类型)，就可能属于此种情况。在此类情况下，从获得最大价值的观点看，可以认为，如果订约当局未与投标人讨论报盘的确切能力和可能的变动就根据它拟订的规格或指标着手进行，将是不可取的。为此，订约当局不妨将筛选进程分为两个阶段，允许有某种程度的灵活性与投标人进行讨论。

55. 如果将筛选程序分为两阶段，初次征求投标书的通告一般要求投标人提交有关项目大致产出规格和其他特点及有关提议的合同条款的投标书。招标书将允许投标人按照界定的服务标准报出自己的解决方案以满足特定的基础设施需要。此阶段提交的投标书一般是基于概念性设计或性能指标的解决方案，而不报出财务要素，例如预期的价格或报偿水平。

56. 如果合同安排的条款已为订约当局所知，应将条款列入征求投标书通告中，可以

采用项目协议草案的形式。了解某些合同条款如订约当局设想的风险分担等对于投标人很重要，便于它们拟订其投标书并与潜在的放款人讨论项目的“融资可能性”。对这些合同条款特别是订约当局设想的风险分担条款的初步反应，可能有助于订约当局评估原来设想的项目的可行性。不过，重要的是应区分征求投标书的程序与项目已经授予后最后合同的谈判。这一初步阶段的目的是使订约当局能够日后以这样一种方式拟订它的要求，这种方式能使最后竞争在一组单一参数的基础上进行。此阶段的初步投标邀请书不应导致在最后授予合同之前谈判合同条款。

57. 订约当局然后可召集投标人开会澄清有关征求投标书通告和所附文件的问题。在第一阶段，订约当局可与任何投标人讨论其投标书的任何方面。订约当局处理投标书的方式应避免将其内容透露给相竞争的投标人。任何讨论都需保密，未经对方同意，讨论的一方不应向任何其他他人披露任何有关讨论的技术、财务信息或其他信息。

58. 在这些讨论之后，订约当局应审查并视情况修订初步的产出规格。在拟订这些修订的规格时，应允许订约当局删除或修改征求投标书通告原先提出的项目技术或质量特点的任何方面，以及原先在这些文件中为评价和比较投标书规定的任何标准。任何此类删除、修改或增加均应告知被邀请提交最后投标书的投标人。应允许不想提交最后投标书的投标人退出筛选过程，而不没收其提供的任何保证金。

## 2. 最后征求投标书通告的内容

59. 在最后阶段，订约当局应邀请投标人提交关于修订的项目规格、性能指标和合同条款的最后投标书。征求投标书通告一般应包括提供一切必要的资料，使投标人能以提交满足订约当局的需要而且使该当局能以客观和公正的方式作出比较的投标书。

### (a) 提供给投标人的一般信息

60. 提供给投标人的一般信息应视情况包括一般列入采购货物、工程和服务的邀约文件或征求投标书通告中的那些事项。<sup>6</sup>

### (一) 可行性研究报告的资料

61. 提供给投标人的一般资料最好包括对编写可行性研究报告的指导，因为可能要求他们在提交最后投标书时并提交此种研究报告。可行性研究报告应包括例如下列方面：

(a) 商业可行性。特别是以无追索权或有限追索权方式融资的项目，至关重要的是确定对项目产出的需要，以及评价和预测建议的项目经营期内的此类需要，包括预期的需求(例如公路的交通量预测)和定价(例如通行费)；

(b) 工程设计和经营可行性。应要求投标人证明它们建议的技术，包括设备和工艺在内，是否适合于本国、当地和环境状况，是否有可能实现规划的性能水平，以及建筑方法和时间表是否适当。这种研究还应界定为经营和维护完工的设施而建议的组织、方法和程序；

(c) 财务可行性。应要求投标人说明为建筑和经营阶段建议的融资来源，包括借入资本和股本投资。虽然在多数情况下贷款协议和其他融资协议要到项目协议签署后才签订，但仍应要求投标人提供充分的证据说明放款人提供规定的融资的意向。在有些国家，还要求投标人说明，依照建议的融资安排，与实际资本费用相关的预期内部资金利润率。此类信息旨在使订约当局可以审议特许公司拟收取的费率或价格是否合

理和可以承受，及其日后增加的潜力；

(d) 环境影响。这项研究应当指明作为项目后果对环境可能产生的消极或不利影响，并说明需要采取的补救措施，以确保遵守有关的环境标准。此项研究应酌情考虑到国际金融机构和全国、省和地方当局颁布的有关环境标准。

## (二) 投标担保的资料

62. 为能弥补撤回投标书或选定的投标人不缔结项目协议可能造成的损失。征求投标书通告中似宜说明订约当局对于拟由投标人提供的任何投标担保的出具人及担保的性质、形式、数额和其他主要条件的任何要求。为了确保公平对待所有投标人，凡直接或间接提及提交投标书的投标人的行为的要求，不应涉及除下述几点以外的行为：在提交投标书截止日期以后或在截止日期以前(如果征求投标书通告有此规定)撤回或修改投标书；未能达成最后财务安排；经订约当局要求而未签署项目协议；以及投标书已获接受后未提供履行项目协议所要求的担保或未遵守征求投标书通告规定的在签署项目协议前的任何其他条件。应当列入保障条款，确保投标担保要求只是为了预定的目的而实施。<sup>7</sup>

## (三) 投标人的资格

63. 如果在发布征求投标书通告之前并没有进行投标人的预选，或者订约当局保留要求投标人再次表明其资格的权利，则征求投标书通告应列明需由投标人提供的、证实其资格的有关资料(见第38—40段)。

### (b) 项目规格和性能指标

64. 规格中提供的详细程度，以及投入和产出要素之间的适当平衡，将受例如基础设施的类型和所有制，以及公营部门与私营部门的责任分担等问题的考虑的影响(见第21—22段)。订约当局一般最好牢记项目的长远需要，而且拟订其规格的方式应使它能够获得足够的信息来选择提议以最优经济条件提供最高质量服务的投标人。订约当局在拟定项目规格时最好是适当界定所要求的产出和性能，而不要过多规定如何实现的方式。项目规格和性能指标一般包括下列项目：

(a) 项目和预期产出的说明。如果服务要求有特定的建筑物，例如运输终点站或机场，订约当局不妨仅提供大概的规划概念，说明性地将场地划分为使用区，而不像传统的建筑服务采购通常的做法，提供说明各座建筑物地点和大小的平面图；然而，如果订约当局认为必须要求投标人提供详细的技术规格，则征求投标书通告中至少应包括如下资料：拟实施的工程和服务的说明，包括技术规格、计划、图样和设计；实施工程和提供服务的时间表；运营和维护设施的技术要求；

(b) 适用的最低设计和性能标准，包括适当的环境标准。性能标准一般从设施产出所要求的数量质量角度拟订。偏离有关性能标准的投标书应视为不合乎要求；

(c) 服务质量。对于涉及提供公共服务的项目，性能指标应包括说明所应提供的服务和订约当局评价投标书时采用的有关质量标准。适当情况下，应提及公共服务提供者扩大服务和连续性方面的任何一般义务，以便满足所服务社区或地区的需求，确保使用者可以不受歧视地得到服务，并使其他服务提供者得以不受歧视地按照项目协议中确定的条款条件进入由特许公司运营的任何公共基础设施网络(见第四章，“基

基础设施的建设和运营”，第 82—93 段）。

65. 应当指示投标人提供必要的资料，以便订约当局评价各投标书的技术适宜性，其运营可行性和是否符合质量标准和技术要求，包括下列资料：

- (a) 初步的工程设计，包括拟议的工程进度表；
- (b) 包括运营和维护费用在内的项目成本和拟议的融资计划（例如拟提供的股本或债务）；
- (c) 服务质量的说明。

66. 上述每种性能指标可要求投标人依照将授予的项目提交补充信息。例如，为了授予在某一特定区域供电的特许权，性能指标可以包括最低的技术标准，例如：(a)所规定的消费者层次的电压(和频率)波动；(b)停机时间(按每年小时表示)；(c)停机频次(按每年次数表示)；(d)损耗；(e)接通新客户所需时日；(f)客户关系的商业标准(例如支付帐单、重新接通装置、答复客户申诉的时日)。

### (c) 合同条款

67. 招标文件最好说明，订约当局期望如何分担项目的风险（又见第二章，“项目风险和政府支助”和第四章，“基础设施的建设和运营”）。对于确定项目协议详细谈判的辩论条款，这一点很重要（见第 83 和 84 段）。如果风险分担问题完全不决定，投标人在答复时可能会谋求尽量减少它们接受的风险，这可能达不到寻求私人投资开发项目的目的。此外，征求投标书通告应载有关于订约当局设想的合同安排主要内容的信息，例如：

- (a) 特许期限或要求投标人就特许期限提出投标书的邀请；
- (b) 用于调整价格的公式和指数；
- (c) 政府支助和投资刺激，如有的话；
- (d) 担保要求；
- (e) 监管机构的要求，如有的话；
- (f) 涉及外汇汇款的规则和条例；
- (g) 收益分享安排，如有的话；
- (h) 说明要求特许公司在项目期结束时转让给订约当局或提供给后续特许公司的资产种类；
- (i) 如果是挑选新的特许公司来经营现有的基础设施，说明将提供给该特许公司的资产和财产；
- (j) 可以提供给中标投标人的可能的替代、补充或辅助收入来源(例如，利用现有基础设施的特许权)，如有的话。

68. 应指令投标人提供必要的资料，以便订约当局据以评价投标书的财务和商业要素以及是否符合提议的合同条款。财务投标书通常应包含有下述资料：

- (a) 就特许公司的收入，预期主要包括基础设施客户或用户支付的通行费、手续费或其他收费的项目而言，财务投标书应说明建议的价格结构。就特许公司的收入预期主要是订约当局或另一个公共当局摊还特许公司投资的付款的项目而言，财务投标

书应说明建议的摊还付款和偿还期。

(b) 依据投标文件规定的折扣率和汇率而提议的价格或直接付款的现值；

(c) 如果估计项目需得到政府的财政支助，此种支助的水平，视情况包括期望政府或订约当局提供的任何补贴或担保；

(d) 投标人在建设和经营阶段承担的风险程度，包括意料之外的事件、保险、股本投资和防止此类风险的其他担保。

69. 为了限制和明确确定在评价投标书后进行的谈判的范围（见第 83 和 84 段），最后征求投标书通告应说明项目协议中的哪些条款被认为是不可谈判的。

70. 订约当局似可要求投标人提交的最后投标书应载有必要证据，表明投标人的主要放款人可接受征求投标书通告中概述的拟议商业条款和风险分担。这种要求可能有助于抵挡在最后谈判阶段重新讨论商业条款的压力。在有些国家，要求投标人草签项目协议草案并与它们的最后投标书一并退给订约当局以确认它们接受所有条款，并未提出具体的订正建议。

### 3. 澄清和修改

71. 订约当局修改征求投标书通告的权利很重要，这可以使它能够获得满足其需要所需要的条件。因此，似应允许订约当局不论出于主动还是应投标人的澄清要求，修改征求投标书通告，方法是在提交投标书截止日期前的任何时候发布增补通告。不过，如果作出的修改合理地要求投标人用更多的时间来编写投标书，则应延长提交投标书的截止日期。

72. 一般说，订约当局必须及时将澄清意见连同引起澄清的问题及修改内容通知订约当局向其提供了征求投标书通告的全体投标人。如果订约当局召开投标人会议，它应编写会议记录，记载会上提出的澄清征求投标书通告的要求及其对这些要求的答复，并将记录副本发给投标人。

### 4. 评价标准

73. 授标委员会应当按照事先公布的技术评价标准的评级办法对每份投标书的技术和财务要素进行评分，并以书面方式说明评分的理由。一般说，对于订约当局来说重要的是应使有关实物投资(例如建筑工程)的评价标准与有关基础设施的运营和维护和有关特许公司拟提供的服务的的质量的评价标准之间取得适当的平衡。应当适当强调订约当局的长远需要，特别是确保按规定的质量和安全程度连续提供服务。

#### (a) 投标书技术性内容的评价

74. 技术评价标准旨在便利参照投标文件规定的规格、指标和要求评估投标书的技术、经营、环境和融资能力。如果可行，订约当局适用的技术标准应当客观和用数量表示，以便能够客观地评价投标书并在共同的基础上加以比较。这可缩小任意和专断决定的范围。管辖筛选过程的条例可以详细规定如何拟订和运用此类因素。关于私人融资基础设施项目的技术投标书通常按照下列标准评价：

(a) 技术健全性。如果订约当局已经制定了最低的工程设计和性能规格或标准，项目的基本设计应符合这些规格或标准。应要求投标人证明其建议建筑方法和时间表的稳健性；

(b) 经营可行性。建议的经营和维护完工设施的组织、方法和程序必须精确界定，应当符合规定的性能标准，并应表明其可行。

(c) 服务质量。订约当局使用的评价标准可以包括分析投标人保证维持和扩大服务的方式，包括为确保其连续性而所作的保证；

(d) 环境标准。建议的设计方案和拟用的项目技术应当符合征求投标书通告中规定的环境标准。应当恰当地指出作为投标人建议的项目的后果而对环境产生的任何消极或不利影响，包括相应的补救措施或减轻措施；

(e) 增强因素。项目建议人为使投标书更具吸引力而报出的其他条款，例如与订约当局分享收益，减少政府担保或降低政府支助水平等；

(f) 社会及经济发展的潜力。根据这条标准，订约当局可以考虑到投标人提出的有关社会与经济发展的潜力，包括给贫困阶层和处境不利企业带来的利益，国内投资和其他商业活动，促进就业，给国内供应商保留某些生产、技术转让以及开发经营管理、科技和作业技能；

(g) 投标人的资格。如果在发布征求投标书通告之前订约当局并未进行预选，如有提交投标书的投标人不符合资格要求者，订约当局不应接受其投标书。

#### (b) 投标书财务和商业内容的评价

75. 除了用于投标书技术评价的标准外，订约当局还需要规定评估和比较财务投标书的标准。就特许公司的收入预计主要包括基础设施客户或用户支付的通行费、手续费或其他收费的项目而言，最后投标书的财务要素的评估和比较一般以依照规定的最低设计和性能标准建议的特许期内通行费、手续费和其他收费的现值为基础。就特许公司的收入预计主要是由订约当局为摊还特许公司投资而支付的款项的项目而言，最后投标书的财务要素的评估和比较一般以依照规定的最低设计和性能标准、计划和规格而建议的拟建筑设施的摊还付款安排的现值为基础。

76. 然而，订约当局对最后投标书的财务要素的评估不应局限于比较为预期产出报出的单位价格。为了适当审议投标书的财务可行性和日后提高建议的价格的可能性，可能需要考虑补充标准，例如设计和建筑活动的费用；年度经营和维护费用；资本费用和经营费用的现值；以及预期政府补贴的数额，如有的话。订约当局应评估所提的融资计划，包括股本投资与债务的拟议比率，是否足以应付项目的建造、运营和维护费用。

77. 在制定评价财务投标书的标准时，对于订约当局来说重要的是仔细审议建议的预期产出的单价作为评价标准的相对重要性。虽然单价是在选择同样符合要求的投标书时确保客观和透明的重要因素，但应当指出，对于授予私人融资基础设施项目来说，“价格”概念通常并不具有它对于采购货物和服务的同等价值。实际上，特许公司的报酬常常是用户支付的收费、辅助收益来源和授予合同的政府实体直接补贴或付款三者的结合。因此，虽然预期产出的单价保留其作为评价投标书的一个重要因素的作用，但不一定总是把它视为最重要的因素。

#### 5. 投标书的提交、开启、比较和评价

78. 应当要求投标书采用书面形式，经签字后装在密封袋内提交。提交投标书截止日期后订约当局收到的投标书不应开启，而应退给提交的投标人。为了确保透明，国家

法律经常规定开启投标书的正式程序，通常在征求投标书通告预先规定的时间开启，而且要求订约当局允许提交了投标书的投标人或它们的代表在开启投标书时在场。此种要求有助于尽可能减少可能更改或以其他方式篡改投标书的风险，而且也是保证程序公正的重要措施。

79. 鉴于私人融资基础设施项目很复杂，而且通常用于授予项目的评价标准很多，订约当局最好是采用两步骤的评价方法，在考虑财务标准之前先单独考虑非财务标准，避免对财务标准的某些要素（例如单位价格）给予不适当的份量，从而损及非财务衡量标准。

80. 为此，有些国家要求投标人分别拟订技术和财务投标书并分装在两个封袋内提交。两个封袋的做法有时使用，因为它使订约当局能够在不受财务部分影响的情况下评价投标书的技术质量。不过，有人批评这种方法违背授予政府合同的经济目标。特别是据说存在着一种危险，即一开始仅仅依据技术上的优缺点而不考虑价格就选择投标书，订约当局在开启第一种封袋时可能难免选择报出具有技术优势的工程的投标书，而否定报出解决方案不很先进但能以较低的总成本满足订约当局需要的投标书。世界银行等国际金融机构不同意对它们供资的项目采用两个封袋的做法，因为它们担心这种方法为在评价投标书时更多地利用酌处权提供机会，并使得更难客观地比较投标书。

81. 作为两封袋方法的替代办法，订约当局可以要求将技术和财务投标书合成单份投标书，但是安排分两个阶段评价，就如《贸易法委员会采购示范法》第 42 条规定的评价程序那样。在初始阶段，订约当局一般按照征求投标书通告中规定的标准，确定有关体现在技术投标书中的质量和技术方面的起始点，并按照此种标准和征求投标书通告规定的这些标准的相对份量和适用方式评定每份技术投标书的评分。然后订约当局对达到或超过起始点评分的财务和商业投标书加以比较。如果连续评价技术和财务投标书，订约当局一开始应先确定技术投标书从表面看来是否符合征求投标书的通告的要求（亦即它们是否包含有要求在技术投标书中涉及的所有事项）。不完整的投标书，以及偏离征求投标书通告的投标书，应当在本阶段否决。虽然订约当局可以要求投标人澄清它们的投标书，但本阶段不应谋求、提议或允许改动投标书中的实质性事项，包括作出改动使不符合要求的投标书变为符合要求。

82. 除了决定是利用两封袋方法还是利用两阶段评价程序外，对于订约当局来说重要的是，披露给予每项评价标准的相对份量和此种标准运用于投标书评价的方式。可以利用两种可能的办法在投标书的财务与技术方面做到适当的平衡。一种可能的办法是将在价格和非价格评价标准两方面合起来获得最高评分的投标书视为最有利的投标书。或者以建议的产出价格（例如水费或电费，通行费的数额）作为在符合要求的投标书（即通过了质量和技术的最低要求）中确定中标投标书的决定因素。无论如何，为了促进筛选过程的透明度和避免不恰当地使用非价格评价标准，适宜的做法是，假如授标委员会选定的投标书并不是报出最低产出单价的投标书，应提供书面的理由说明。

## 6. 最后谈判和授予项目

83. 订约当局应当根据征求投标书通告规定的评价标准将所有符合要求的投标书排出名次，并邀请获得最高分的投标人，就项目协议的某些要素进行最后谈判。最后谈判应限于确定交易文件的最后细节和满足选定投标人的放款人的合理要求。订约当局面临的一个特殊问题是与选定的投标人的谈判有可能导致对方施加压力，要求修正投标书中原先所载的价格或风险分担条款，给政府或消费者带来不利。不应允许变更投标书中的关键性内容，因为这可能扭曲作为投标书提交和评分依据的假设。因此，这一

阶段的谈判不得涉及最后征求投标书通告中认为不可谈判的那些合同条款（见第 69 段）。通过坚持要求选定投标人的放款人表明其赞同各投标人展开竞争阶段体现在投标中的风险分担，就能进一步尽量减少在此晚期重新讨论商业条款的风险（见第 70 段）。订约当局的财务顾问可为这一过程做出贡献，就投标人的投标书是否现实和每个阶段什么样的财务承诺合适等问题提供咨询意见。最后达成资金安排的过程本身就可能相当长。

84. 订约当局应当通知余下的符合要求的投标人，如果与得分较高的投标人的谈判不能达成项目协议，仍可能考虑与它们谈判。如果订约当局明显看出，与应邀的投标人的谈判达不成项目协议，它应通知该投标人，它将终止谈判，并根据名次邀请下一个投标人谈判，直至达成项目协议或否定所有余下的投标书为止。为了避免弊端和不必要的拖延，订约当局不应与已经终止谈判的任何投标人重新开始谈判。

#### D. 直接谈判

85. 按照有些国家的法律传统，私人融资基础设施项目涉及由订约当局授予提供公共服务的权利和义务。因此，它受特殊的法律制度管辖，在许多方面不同于授予采购货物、工程或服务的政府合同时普遍适用的法律制度。

86. 按照这些法律制度，政府一般有权选择多种程序授予采购货物或服务的政府合同。通常，这些程序涉及公布要求、竞争和严格应用预定的授予标准。最常见的程序是投标方法，将合同授予报价最低的投标人。虽然有时也实行严格程度较低的程序，例如征求投标书通告允许考虑价格以外的其他要素（例如经营成本、技术优点和建议的完工时间），但只在特殊情况下才采用谈判方法。不过，这些国家采用不同的程序授予私人融资基础设施项目。假如要求的服务具有特殊性（例如，复杂性、投资数额大和完成工期紧），所利用的程序可以强调订约当局的自由选择，从专业资格、财力、确保服务连续性的能力、对用户的同等待遇和投标书的质量等角度选择最适合它需要的经营者。授予政府合同通常采用竞争性选择程序，这种程序有时可能显得过分刻板，通过直接谈判进行挑选的方法则与此形成对照，它的特点是所涉及的程序具有高度灵活性，而且订约当局具有酌处权。不过，谈判的自由并不意味着任意选择，而且这些国家的法律规定了有关程序确保挑选过程的进行具有透明度和公正性。

87. 在有些国家，招标投标在通常情况下是政府采购货物、工程和服务的正常做法，但发给投标当局的指导原则中建议，凡有可能就利用直接谈判方式授予私人融资基础设施项目。这些国鼓励谈判的理由是，在与投标人进行谈判时，政府不受预定要求或刻板规定的约束，而是具有更大的灵活性，充分利用投标人在筛选程序中可能提出的创新或替代投标书，并在谈判过程中提出符合基础设施需要的更具吸引力的选择方案时，变动和调整其原先的要求。

88. 直接谈判一般具有高度灵活性，有些国家发现其有利于挑选特许公司。加上再采取适当办法来确保透明度、公正性和公平性，那些国家进行的直接谈判可取得满意效果。不过，直接谈判也可能存在若干不利之处，在许多国家不大适合用作主要的挑选方法。由于订约当局具有高度灵活性和酌处权，直接谈判要求有关人员掌握高度技能，并且具有谈判复杂项目的充分经验。谈判方法还要求精心组成谈判小组，明确它的权限，而且所牵涉的所有部门应开展高度的协调和合作。因此，如果有的国家没有利用这种方法授予大规模政府合同的传统，利用谈判授予私人融资基础设施项目不一定是可行的备选办法。直接谈判的另一个不利之处是它可能保证不了采用组织更严密的竞争方法能够实现的透明度和客观程度。在有些国家，还可能有这样的担心：直接谈判

较大的酌处权可能带来舞弊和腐败行为的更大的风险。鉴于上述情况，所在国不妨规定将竞争性筛选程序作为授予私人融资基础设施项目的通常做法，并将直接谈判保留在特殊情况下使用。

## 1. 准许采用直接谈判的情况

89. 为了保持透明及确保项目授予的纪律，一般最好在法律上规定出准许订约当局采用直接谈判来选定特许公司的例外情况。例如，可以包括下列例外情况：

(a) 如果迫切需要确保立即提供服务，采用竞争性筛选程序将是不切实际的，但引起紧迫性的情况既非订约当局所能预见，也不是它的工作拖拉所造成。例如，某种服务中断提供，或现有的特许公司不能以可接受的标准提供服务，或者如果项目协议被订约当局宣布废除，鉴于迫切需要保证服务的连续性，采用竞争性筛选程序将不切实际，就可能需要作为特殊情况处理；

(b) 短期项目，而且预计的初始投资价值不超过某一规定的低数额；

(c) 出于国防或国家安全的原因；

(d) 只有一个来源能够提供所要求的服务(例如，由于只有靠利用获得专利的技术或独特的专门技术才能提供)；

(e) 如果发出了预选进程邀请书或征求投标书通告但无人提交申请书或投标书，或所有的投标书均被拒绝，以及根据订约当局判断，发布新的征求投标书的通告也不会导致授予项目。然而，为了减少随意改变筛选方法的风险，只有当原先的征求投标书通告中明文规定了此种可能性时，才应允许订约当局采用直接谈判方法。

## 2. 提高直接谈判透明度的措施

90. 通过谈判方法进行采购所应遵循的程序，其一般特点是比其他采购方法的程序具有更大的灵活性。对于当事各方进行谈判和订立合同的过程，几乎没有定出任何规则和程序。在一些国家，采购法允许订约当局几乎可以毫无限制地按照自己认为合适的方式进行谈判。另外有些国家的采购法则规定了谈判的程序框架，以保持公正性和客观性，并鼓励投标人参加，从而促进竞争。关于谈判筛选程序的规定涉及以下讨论的各种问题，特别是这样一些问题：订约当局决定通过谈判选择特许公司需经批准，谈判伙伴的挑选，建议的比较和评价标准，以及筛选程序的记录。

### (a) 批准

91. 许多国家规定的一条起码要求是，在通过谈判进行挑选前，订约当局必须获得上级当局的批准。此类规定一般要求以书面方式申请批准，并且提出必须利用谈判方法的理由。此项批准要求的目的特别是在于确保只在适当的情况下才使用谈判方法。

### (b) 谈判伙伴的选定

92. 为使谈判尽量具有竞争性，适宜的做法是要求订约当局与情况允许下尽量多的被判定有可能满足需要的公司进行谈判。除了此种一般规定外，有些国家的法律不具体规定订约当局至少需与多少承包商或供应商进行谈判。不过，另有一些国家的法律要求订约当局在可能时至少与一定数目的投标人(例如三个)进行谈判或向它们邀约投标

书。在某些情况下，特别是现有承包商或供应商少于最低数时，允许订约当局与较少的投标人谈判。

93. 为了增加透明度，还有一种可取的做法是要求采用特定的方式向投标人发出谈判程序的通知。例如，可以要求订约当局在通常用于该目的的特定出版物上公布通知。此种通知要求旨在使得比其他情况下有更多的投标人注意到采购程序，从而促进竞争。鉴于多数基础设施项目规模庞大，通知通常应载有某些起码的信息(例如，项目说明，资格要求)，并应提前足够的时间发布以使投标人能够准备建议。一般说，适用于竞争性筛选程序中投标人的正式的合格要求也应适用于谈判程序。

94. 在有些国家，订约当局在投标进程不成功时采用谈判方法时(见第 89(e)段)，如果提交投标书的所有合格的承包商或供应商都被允许参加谈判或如果没有收到任何投标书，则无需发布通知。

### (c) 比较和评价建议的标准

95. 增进直接谈判透明度和效能的另一项有益的措施在于制定要求投标书达到的一般标准(例如，一般性能目标、产出规格)及比较和评价在谈判中提交的建议的标准和挑选中标特许公司的标准(例如，建议的技术优点、价格、经营和维护费用、项目协议的获利能力和发展潜力)。订约当局应当确定看来符合这些标准的投标书并与每份此类投标书的提出者进行讨论，以便完善和改进投标书，使它达到令订约当局满意的程度。这些讨论不涉及每份投标书的价格。当投标书最后敲定时，订约当局最好谋求以经澄清的投标书为基础的最有利的最后建议。建议投标人应随最后建议一起提供有关证据，证明建议体现的风险分担将是它们的拟定放款人所能接受的。然后就能从收到的最有利的最后建议中挑选出优先的投标人。然后根据谈判邀请书中所述用以选出优胜者特许公司的标准，将把项目授予报出“最经济”或“最有利”投标书的当事方。建议在谈判邀请书中应说明订约当局谋不谋求最有利的最后建议的意图。

### (d) 筛选程序的记录

96. 应当要求订约当局建立筛选程序的记录(见第 124—130 段)并应公布授予项目通知(见第 123 段)有些国家为了增加透明度，还要求把项目协议公布周知，由公众加以检查。

## E. 非邀约投标书

97. 私营公司有时直接找公共当局洽谈，提交开发未开始筛选程序的项目的投标书。这些投标书通常叫做“非邀约投标书”。当私营部门认定某种可由私人融资项目满足的基础设施需要时，就可能产生非邀约投标书。它们也可能涉及有关基础设施管理的创新建议并提供将新技术转让给所在国的潜在可能性。

### 1. 政策考虑

98. 有时为放弃竞争性筛选程序而举出的一个可能理由是激励私营部门提交涉及利用新概念或新技术以满足订约当局需要的投标书。由于竞争性筛选程序的性质，任何投标人都无获得项目的把握，除非它在竞争中取胜。拟订大型基础设施项目投标书的费用很大，这使有些公司不敢贸然参与竞争，深怕竞争不过其他投标人。相形之下，私

营部门可能从下述规则中看到了提交非邀约投标书的刺激，这种规则允许订约当局与此类投标书提出者直接进行谈判。订约当局也会愿意有可能直接谈判，以便激励私营部门为基础设施的发展拟订创新的投标书。

99. 不过，与此同时，依据非邀约投标书而在并无其他投标人竞争的情况下授予项目，可能会使政府受到严厉批评，特别是在牵涉专属特许权的情况下。除此之外，包括多边和双边金融机构在内的预期放款人也可能难以贷款给未经竞争性筛选程序的项目或为其提供担保。它们会担心下一届政府会提出异议和取消项目的可能性(例如，因为项目授予也许日后会被认为是徇私造成的，或因为程序未为比较价格、技术要素和项目总的效能提供客观的参数)，或其他有关当事方可能提出法律或政治异议，例如对涨价不满的客户或声称被不公平地排斥于竞争性筛选程序之外的竞争公司。

100. 鉴于上述考虑，对于所在国来说，重要的是应考虑在授予私人融资基础设施项目通常遵循的程序之外，另制定一套处理非邀约投标书的特殊程序是否需要和可取。为此，有益的做法可能是分析有关非邀约投标书最常提到的两种情况，即：声称涉及利用新概念或新技术以满足订约当局基础设施需要的非邀约投标书和声称满足订约当局尚未认定的基础设施需要的非邀约投标书。

#### **(a) 声称涉及利用新概念或新技术以满足订约当局基础设施需要的非邀约投标书**

101. 一般说，就要求利用某种工业工艺或方法的基础设施项目而言，订约当局将愿意鼓励提交含有最先进工艺、设计、方法或工程概念的投标书，而且具有经过证明的提高项目产出的能力(例如，通过大大降低建筑费用，加速项目执行进度，增强安全性，提高项目性能，延长经济寿命，降低设施维护和运行费用，或在项目建筑或经营阶段减少负面环境影响或破坏)。

102. 采用经适当修改的竞争性筛选程序而不是采用一组特殊的规则来处理非邀约投标书，也有可能实现订约当局的正当利益。例如，如果订约当局利用着重于项目预期产出而不规定如何实现产出方式的筛选程序(见第 64—66 段)，投标人将拥有足够的灵活性，可以提供它们自己的专利工艺或方法。在这种情况下，每个投标人拥有自己的专利工艺或方法这一事实将不构成竞争的障碍，条件是所有建议的方法在技术上都能产生订约当局预期的产出。

103. 对竞争性筛选程序增加必要的灵活性，在这些情况下可能是一种更令人满意的解决办法，强于制定特殊的非竞争性筛选程序来处理声称涉及新概念或新技术的投标书。除了其专利概念和专利技术的独特性可以根据现有的智力产权来确定的可能例外情况外，订约当局要界定什么是新概念或新技术可能面临很大的困难。作出这种判断可能需要独立专家的昂贵服务，可能得聘请所在国以外的专家以避免偏见的指控。断定一个项目涉及新概念或新技术还可能面临也声称掌握合适的新技术的其他有关公司提出相应要求。

104. 不过，如果投标书的独特性或其创新方面属于这样一类，即如果不利用建议人或其合伙人拥有全球性或区域性专属权利的某种工艺、设计、方法或工程概念就无法执行项目，情况就可能大不一样。某种方法或技术如果存在智力产权，确实可能减少或消除进行富有意义的竞争的可能性。正因为如此，如果货物、工程或服务只能从特定的供应商或承包商获得，或特定的供应商或承包商拥有有关货物、工程或服务的专属权，而且不存在合理的备选或替代来源，多数国家的采购法律准许采购实体进行单一来源的采购(参见《贸易法委员会采购示范法》，第 22 条)。

105. 在这种情况下，适当的做法将是准许订约当局直接与非邀约投标书的建议人谈判项目的执行。当然，难点将是如何以必要程度的客观性和透明度来证实，除了非邀约投标书设想的方法或技术之外，并无合理的备选或替代来源。为此，订约当局最好是制定获取非邀约投标书比较要素的程序。

#### **(b) 声称满足订约当局尚未认定的基础设施需要的非邀约投标书**

106. 此类非邀约投标书的优点在于它提出了未为所在国当局考虑过的基础设施发展的潜在可能性。不过，就此情况本身而言，它通常并不提供直接谈判授予项目的充足理由，在直接谈判中，订约当局并无任何客观保证，说明它已获得了满足其需要的最有利解决方案。

### **2. 处理非邀约投标书的程序**

107. 鉴于上述考虑，订约当局可取的做法是制定透明的程序，以确定非邀约投标书是否满足所要求的条件以及追求此种投标书是否符合订约当局的利益。

#### **(a) 对非邀约投标书的可接受性的限制**

108. 为了确保公共开支适当的责任制，有的国内法律规定，如果项目的执行需要订约当局或其他公共当局承担较大的财务义务，例如担保、补贴或股本参与，则不得考虑非邀约投标书。这种限制的理由是，处理非邀约投标书的程序一般不及通常的筛选程序详尽，而且不一定能确保本能够达到那种透明度和竞争性。不过，也许有理由在这一条件的应用中允许有某种程度的灵活性。在有些国家，政府直接担保、补贴或股本参与以外的政府支助(例如，将公共财产出售或出租给项目建议的提出者)的存在不一定使投标书失去作为非邀约投标书对待和接受的资格。

109. 考虑非邀约投标书的另一个条件是，它所涉及的应是订约当局未开始或未宣布筛选程序的项目。不利用竞争性筛选程序处理非邀约投标书的理由是，鼓励私营部门确定新的或未预料到的基础设施需要，或拟订满足这些需要的创新建议。如果项目已为所在国当局确定，而私营部门仅仅是在建议与订约当局设想的有所不同的技术解决方案，这种正当理由就可能不复存在。在这种情况下，订约当局仍可借助两阶段筛选程序或邀请在原先预想的筛选程序的范围内提交备选投标书，以利用创新的方案(见第54—58段)。不过，在已经开始或宣布的筛选程序以外受理非邀约投标书将不符合授予政府合同方面的公正原则。

#### **(b) 确定非邀约投标书可否接纳的程序**

110. 应当要求同政府接洽并提出私人发展基础设施建议的公司或企业集团提交初步投标书，其中载有充分的信息，使订约当局能够初步评估处理非邀约投标书的条件是否具备，特别是建议的项目是否符合公共利益。例如，初步投标书应当包括下列信息：建议人此前实施项目的经验和财务状况的说明；项目说明(项目类型、地点、区域影响、建议的投资、经营费用、财务评估、需要政府或第三方提供的资金)；场地(所有权和土地或其他财产是否需要征用)；服务和工程的说明。

111. 经初步审查后，订约当局应在合理的短时期内通知公司，该项目是否具有潜在的公共利益。如果订约当局对项目反应积极，应邀请公司提交正式投标书，除了初步投

标书所涉内容外，它还应载有技术和经济可行性研究(包括特点、成本和利得)及环境影响研究。此外，还应要求建议提交人提交关于投标书中设想的概念或技术的令人满意的信息。披露的信息应足够详尽，使订约当局能够正确评价技术或概念，并断定它是否符合要求的条件和有可能按所建议项目的规模顺利实施。提交非邀约投标书的公司对于其在整个程序中提交的所有文件拥有所有权，而且如果投标书遭拒绝，应将这些文件退还给它。

112. 在建议提交人提供了所有要求的信息后，订约当局应在合理的短时期内决定它是否打算追求实现此项目，如果追求实现，将利用什么程序。适当程序的选择应根据订约当局的初步断定做出，即断定如果不利用建议人或它的合伙人拥有专属权利的工艺、设计、方法或工程概念，项目是否能够执行。

### (c) 处理不涉及专利概念或技术的非邀约投标书的程序

113. 如果订约当局在审查非邀约投标书时断定，进行此项目符合公共利益，但是不利用建议人或它的合伙人掌握专属权利的工艺、设计、方法或工程概念，项目也可以执行，应要求订约当局利用授予私人融资基础设施项目通常要求的程序授予项目，例如，本《指南》提出的竞争性筛选程序(见第 34—84 段)。不过，筛选程序可包括某些特色，以便为提交非邀约投标书提供刺激。这些刺激可以是下列措施：

(a) 订约当局可以保证，在未邀请提交原始投标书的公司们的情况下，不会开始进行非邀约投标书所涉项目的筛选程序；

(b) 可对原始投标人提交投标书给予某种形式的奖赏。在采用评分办法来评价财务和技术投标书的某些国家，奖赏的形式是最后评分上的某种优惠幅度(即在该公司财务和非财务评价标准两方面最后综合得分之上加一个百分比)。此种办法的一个可能的难点是，可能将优惠幅度定得很高而妨碍其他人提出相竞争的有价值的投标，从而导致为换取给予创新投标人的优惠而获得一个价值较低的项目。备选的刺激形式可包括部分或全额偿还原提交人在拟订非邀约投标书中所引起的费用。为了透明起见，任何此类刺激措施应在征求投标书通告中宣布。

114. 尽管可以提供刺激，但一般仍应要求非邀约投标书的提出者基本上达到参加竞争性筛选进程的投标人所应达到的相同资格标准(见第 38—40 段)。

### (d) 处理涉及专利概念或技术的非邀约投标书的程序

115. 如果投标书的创新方面表明，不利用提出者或它的合伙人拥有世界性或区域性专属权利的工艺、设计、方法或工程概念，就不可能执行项目，对于订约当局可能有益的做法是，应用获得非邀约投标书比较要素的程序来印证初步的评估。其中一种此类程序可能是公布投标书主要产出规格的说明(例如基础设施的能力、产品或服务或单位价格)并邀请其他有关各方在某个时期内提交备选或可比较的投标书。此种说明不应包括非邀约投标书的投入要素(例如设施的设计，或拟采用的技术或设备)，以避免向潜在的竞争者泄露提交了非邀约投标书的人的专利资料。提交投标书的期限应与项目的复杂程度相应，并使预期的竞争者有足够的时间拟订其投标书。这可能是获得备选投标书的关键因素，例如投标人必须进行详尽的地下地质调查，而原始投标人很可能已进行了数月的此项调查，而且它想对地质调查结论保守秘密。

116. 征求可相比较或竞争的投标书的邀请通知应至少在一家普遍发行的报纸上以最低限度的频率(例如，每周一次共三周)公布。它应当说明可以获得投标文件的时间和地点，

并应具体说明可以接受投标书的时间。对于订约当局来说重要的是应保护原始提交人的智力产权和确保与非邀约投标书一起收到的专利信息不泄密。任何此种信息不应构成投标文件的组成部分。应当要求原始投标人和想提交备选投标书的任何其他公司提交投标担保(见第 62 段)。按照收到的对邀请书的反应,可以遵循两种可能的途径:

(a) 如果未收到备选投标书,订约当局可以合理地认为,除了非邀约投标书设想的方法或技术之外,并无合理的备选或替代方案。订约当局的这一调查结果应作适当记录,并可以准许订约当局与原始建议人进行直接谈判。适宜的做法可能是要求订约当局的决定经过通常需要其批准的另一当局审查和批准,以便订约当局通过直接谈判选定特许公司(见第 89 段)。有些国家的法律规定必须采用竞争性程序,它们使用这些程序,目的是建立必要的透明度,避免日后人们对提交非邀约投标书后特许权的授予提出质疑。在那些国家,只要发布了一项招标通告,即使并无其他人提出投标书,也可将特许权授予提交了非邀约投标书的投标人。这种情况的发生是由于必须遵循竞争性程序的规定,此种规定只要求存在有竞争的机会,并不一定要求在实际上出现此种竞争。公布周知既创造了竞争可能性,同时又增大了所需的透明程度;

(b) 如果提交了备选投标书,订约当局应邀请所有投标人参加竞争性谈判,以期认定实施项目的最有利的投标书(见第 90—96 段)。如果订约当局收到的备选投标书数量足够多而且表面看来符合基础设施的需要,就可能有正式展开竞争性筛选程序的机会(见第 34—84 段),但应给予原始投标书提出者以某种优惠(见第 113(b)段)。

117. 应当要求订约当局建立有关筛选过程的记录(第 124—130 段)并发布一个授予项目的通知(见第 123 段)。

## F. 审查程序

118. 公平而有效率的审查程序是争取到认真而有能力的投标人以及缩减授标过程及其费用的基本条件之一。为确保正确遵行管理筛选程序的规则,一项重要的保障措施是投标人有权要求审查订约当局违反此种规则或侵犯投标人权利的行动。不同的法律体制和行政体制都有各种补救措施和程序可供利用,它们与政府行动的审查问题紧密相连。不论采取何种形式的审查程序,重要的是为此种审查提供适当的机会和有效的程序。尤其妥当的做法是建立一种可行的“合同前”申诉制度(亦即在筛选进程的早期阶段即有可能申请审查订约当局的行为的程序)。这样一种制度增大了在造成损失之前就由订约当局采取纠正行动的可能性,并有助于减少出现只能以赔款方式来弥补订约当局不正当行为的后果的局面。建立适当审查制度的要素载于《贸易法委员会采购示范法》第六章。

119. 适当的审查程序首先应当规定投标人有权要求复审涉及其权利的某些决定。首先可要求订约当局本身进行复审,特别是在项目尚未授予的情况下,这可能有利于经济和效率目标,因为在许多情况下,特别是在授予项目前,订约当局可能十分愿意纠正程序性错误,它甚至可能尚未觉察这种错误。另一种有益的做法可能是规定由政府上级行政机关审查,如果这种程序符合宪法、司法和行政程序的话。最后,大多数国内采购制度肯定要求司法审查的权利,对于基础设施项目的授予,一般也应得到此种权利。

120. 一方面需要维护投标人的权利和维护挑选过程的公正,另一方面也需要限制筛选程序不被打乱,为了在这二者之间取得可行的平衡,国内法律对审查程序常常规定许多限制。这些规定包括:要求审查的权利只限于投标人;对提出审查申请和处置案件规定时限,包括在行政审查一级可能适用的筛选程序的任何中止时限;将一些决定排

除在审查程序之外，交由订约当局裁定决定，决定的事项不直接涉及是否公平对待投标人的问题。在多数法律制度中，投标人都可以利用行政审查程序来质疑订约当局所作的决定，但司法审查程序并不一定普遍得到利用。

121. 大多数国家都有审查行政机关和其他政府实体行为的机制和程序。在有些国家，专门为这些机关和实体在采购方面引发的争议制定了审查机制和程序。在另外一些国家，这些争议通过有关行政行为审查的一般机制和程序来处理。审查程序的某些重要方面，例如可以谋求审查的机构和可以给予的补救措施等，是同每个国家的法律制度和国家行政制度的基本概念和结构相关的。许多法律制度规定行政机关和其他政府实体的行为交由对该机关或实体行使等级权力和控制的行政机构审查。在规定实行此种等级系统行政审查的法律制度中，由哪个或哪些机构对特定机关或实体的行为行使此种职能的问题基本上取决于国家的行政结构。例如，在一般采购法律的情况下，有些国家规定由对该国采购实施全面监督和控制的机构进行审查(例如，一个中央采购委员会)；在另一些国家，审查职能由对政府和公共行政业务实施财务控制和监督的机构行使。在有些国家，涉及行政机关或其他政府实体的特定类型案件的审查职能由专门的独立行政机构履行，它的职权有时称做“准司法”职权。不过，这些国家不把这些机构视为司法系统内的法院。

122. 许多国家的法律制度规定对行政机关和政府实体的行为进行司法审查。其中有些法律制度规定，在行政审查外另加司法审查，而在别的制度下，只规定司法审查。有些法律制度只有行政审查而没有司法审查。在规定有行政和司法审查的某些法律制度内，只有用尽行政审查的机会之后才能要求司法审查；在另一些制度内，两种审查手段可以任选。人们提出的有关司法审查的主要问题是宣布取消某一公开招标的判决对于已经授予的合同将产生何种效力，特别是当公共工程已经启动之时。采购法倾向于力图平衡公共部门与投标人之间的利益冲突，亦即一方面既要保持采购程序的公正性而且不拖延公共服务的提供，另一方面也要维护投标人的权利。除了由于非法行为而导致项目协议的情况之外，较好的解决办法是，一项判决不应使项目协议归于无效，而是对受到损失的一方给予赔偿。人们通常认为，此种赔偿不应包括利润的损失，而是只限于补偿投标人编写标书所涉的费用。

## G. 授予项目的通知

123. 项目协议中的有些条款常常直接关系到订约当局和特许公司以外的当事方，这些当事方理应获知项目的某些基本内容。如果项目涉及直接向公众提供服务，情况尤其如此。为了达到透明，可取的做法可能是制定程序，公布可能关系到公共利益的项目协议条款。无论订约当局使用何种方法来选择特许公司（例如，通过竞争性筛选程序，或通过直接谈判或经由一个非邀约投标书），均应执行这一要求。一种可能的程序也许是要求订约当局公布项目授予的通知，其中表明拟议协议的主要内容，例如：(a) 特许公司名称；(b) 对特许公司应实施的工程和服务的说明；(c) 特许权的期限；(d) 价格结构；(e) 摘要说明特许公司的主要权利和义务以及它提供的担保；(f) 摘要说明订约当局的监测权和违反项目协议的补救措施；(g) 摘要说明政府的主要义务，包括政府所提供的任何付款、补贴或补偿；和(h) 征求投标书通告规定的项目协议任何其他主要条款。

## H. 筛选和授标程序的记录

124. 为了确保透明度和责任制，以及为了便于受害投标人行使其要求审查订约当局决

定的权利，应要求订约当局保存有关筛选进程的关键信息的适当记录。

125. 订约当局应保存的记录首先应视情况载有通常要求公共采购应予记录的关于筛选进程的一般信息(例如，《贸易法委员会采购示范法》第 11 条所列出的信息)以及与私人融资基础设施项目特别有关的信息。此种信息可包括下列各项：

- (a) 订约当局征求投标书的项目的说明；
- (b) 参加投标联营集团的公司的名称和地址及与其缔结了项目协议的投标集团组成成员的名称和地址；公布事项的说明，包括刊载通告的报刊或所发邀请书的副本；
- (c) 如果经过预选的投标人后来被允许改变其组成成员，陈述允许此种改动的理由和对任何有关的替代或增补联营集团的资格的调查结果；
- (d) 有关投标人资格或缺乏资格的信息；评价和比较投标书的摘要，包括运用任何优惠幅度的情况；
- (e) 订约当局委托编写的初步可行性研究的结论摘要和由合格的投标人提交的可行性研究的结论摘要；
- (f) 任何要求澄清预选文件或征求投标书通告及其答复的摘要，以及任何修改这些文件的摘要；
- (g) 投标书和项目协议主要条款的摘要；
- (h) 如果订约当局认为并非就预期产出报出了最低单位价格的投标书而是另一投标书最为有利，陈述授标委员会得出该结论的理由；
- (i) 如果所有投标书均遭拒绝，有关此情况及其理由的说明；
- (j) 如果与提交最有利投标书的联营集团的谈判和日后与余下的符合要求的联营集团的任何谈判均未达成项目协议，有关此情况及其理由的说明。

126. 对于涉及直接谈判的筛选进程（见第 89 段），有关筛选进程的记录除了第 125 段中可能适用的内容要求之外，似宜再包括下述附加信息：

- (a) 订约当局作为根据进行直接谈判的理由和情况的说明；
- (b) 所使用的通告形式或直接被邀请谈判的公司名称和地址；
- (c) 申请参加谈判的公司名称和地址以及如果排除了某些公司，那些公司的名称和地址，和排除的理由；
- (d) 如果这些谈判未产生项目协议，有关此情况及其理由的说明；
- (e) 某公司被最后选定为特许公司的理由。

127. 对由于提交了非邀约投标书而进行的筛选进程（见第 107—117 段），有关该筛选进程的记录除了第 125 段中可能适用的内容要求之外，似宜再包括下述附加信息：

- (a) 提交非邀约投标书的公司的名称和地址及其简要说明；
- (b) 订约当局有关非邀约投标书被判定符合公共利益并涉及新概念或新技术的证明。
- (c) 所使用的通告形式或直接被邀请谈判的公司名称和地址；
- (d) 申请参加谈判的公司名称和地址以及如果排除了某些公司，那些公司的名称

和地址和排除的理由；

(e) 如果谈判并未产生项目协议，有关此情况及其理由的说明；

(f) 某公司被最后选定为特许公司的理由。

128. 关于记录要求的规则最好具体规定披露的程度和获取披露信息的对象。确定披露的参数涉及以下权衡因素：从订约当局责任制的观点看，广泛披露的总的可取性；需要向投标人提供必要信息使它们能够评估它们在进程中的表现和发现有正当理由要求加以复审的情况；以及保护投标人机密行业信息的必要性。鉴于这些考虑，如《贸易法委员会采购示范法》第 11 条所设想，也许适宜实行两种程度的披露。拟向一般公众任何成员提供的信息可限于与订约当局对一般公众负责制相适应的基本信息。不过，最好规定向投保人披露有关进行选择的更详尽的信息，因为这种信息对于使投标人能够监测它们各自在筛选过程中的表现及监测订约当局执行适用法律和条例方面的行为是必要的。

129. 此外，还应采取适当的措施避免泄露供应商和承包商的机密行业信息。对于在评价和比较投标书方面披露些什么内容，情况尤其如此，因为过多披露此种信息可能有损于投标人正当的商业利益。通常，订约当局不应披露有关审查、评价和比较投标书和建议价格的更详尽信息，但主管法院下令这样做时除外。

130. 关于限制披露有关筛选过程的信息的规定将不排除对记录的某些部分适用颁布国授予一般公众可以查阅政府记录的普遍权利的其他法规。依据所在国适用的法律，可能必须向立法或议会监督机构披露此种记录中的信息。

注

<sup>1</sup> 《工发组织建设—运营—移交准则》，第 96 页。

<sup>2</sup> 国际复兴开发银行，《利用世界银行和国际开发协会贷款进行的采购》，1996 年，第 3.13(a) 段。

<sup>3</sup> 《贸易法委员会货物、工程和服务采购示范法》（以下称《贸易法委员会示范法》及其所附的“立法指南”由委员会第二十七届会议通过（1994 年 5 月 31 日至 6 月 17 日，纽约）。

<sup>4</sup> 例如，编写和提交预选申请书的指示；投标人为证明其资格而必须提交的任何书面证据或其他信息；和提交申请书的方式、地点和截止日期（见《贸易法委员会采购示范法》，第 7 条第 3 款）。

<sup>5</sup> 例如，它们具有缔结项目协议的行为能力；它们不是丧失清偿能力，并非处于被接管、破产或被停业状态，它们的事务不由法院或司法官员管理，它们的业务海运未中止，而且它们不因上述任何情况而成为法律诉讼对象；它们已履行在该国纳税和缴纳社会保障缴款的义务；在筛选过程开始前的一定年限内，它们、它们的董事或高级职员未被判定犯有同它们职业行为有关或订立合同时作虚伪资格陈述或不实陈述的任何刑事罪，未因其他原因依照中止或取消资格的行政程序而失去资格。

<sup>6</sup> 例如，编写和提交投标书的指示，包括提交投标书的方式、地点和截止日期，以及投标书的有效期和任何有关投标担保的要求；投标人可据以谋求澄清征求投标书通告的手段和订约当局在这一阶段是否打算召开投标人会议的声明；开启投标

书的地点、日期和时间及开启和审查投标书所遵循的程序；和评价投标书的方式（见《贸易法委员会采购示范法》，第 27 和 38 条）。

- <sup>7</sup> 《贸易法委员会采购示范法》第 32 条规定了某些重要的保障条款，其中尤其要求在最先出现的下述任何一种情况后，订约当局不得对投标担保金提出要求，而应迅速归还投标担保文件或促成其归还：(a) 投标担保期满；(b) 项目协议生效和提供了履行合同的担保(如果征求投标书通告要求这样的担保)；(c) 挑选过程终止而项目协议未生效；或(d) 在提交投标书期限之前撤回投标书，除非征求投标书通告明文规定不允许撤回。