



大会

Distr.: General
27 April 2011
Chinese
Original: English

联合国国际贸易法委员会
第四十四届会议
2011年6月27日至7月8日，维也纳

《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》第六章（电子逆向拍卖）第 54-56 条随附的《指南》案文提出的建议，以及《颁布指南》中述及《示范法》1994 年案文所作改动的一节拟讨论的关于电子逆向拍卖的若干问题。



《贸易法委员会公共采购示范法颁布指南》

B. 逐条评注拟列入的关于电子逆向拍卖的条文（续）

第 54 条. 电子逆向拍卖的登记和举行拍卖的时间

1. 本条规范登记参加拍卖和拍卖时间的基本方面，目的是通过第(1)款和第(2)款（发出登记确认函以及在相关情形下迅速告知每一个已经登记的供应商或承包商决定取消拍卖）中的透明度要求以及第(3)款关于留出合理时间让供应商或承包商做拍卖准备的要求，确保公平公正地对待参加拍卖的出价人。第(3)款要求的重要性还在于容许按照第八章对招标条款提出有效的质疑，特别是在独立电子逆向拍卖中。这种质疑只能在提交书递交截止日期之前提出，在简单拍卖（即不在拍卖前审查或评审初步出价）中，这意味着在拍卖开始之前；在其他情形下，则意味着在提出初步出价之前。因此，在确定发出拍卖邀请书到举行拍卖之间的这一时间段时，应当考虑到在实际情形下需要多长时间做拍卖准备（拍卖越简单，这一时间段就越短）。其他考虑因素包括如何规定容许对招标条款提出质疑的最短时间段。如第(3)款所规定的，时间要求以采购实体的合理需要为准，在有限的情形下（例如，在灾害事件后的极端情况下），采购实体的合理需要重于其他考虑因素。

2. 第(2)款允许采购实体在登记参加拍卖的供应商或承包商的数目不足以确保有效竞争的情形下取消拍卖。这些条文不是规定性的：其中允许采购实体自行决定在这种情形下是否应当取消拍卖。不取消拍卖的决定可能有悖于对竞争和避免串通的一般侧重，因此其理由只能是真正特殊的情况，即尽管缺乏有效竞争也必须继续进行采购。鼓励颁布国在采购条例中列出在缺乏有效竞争情况下有理由继续进行拍卖的所有情形。还可以其他理由取消拍卖（例如怀疑串通，如上文第...段所述）。这些条文不适用于采购实体必须取消拍卖的情形，例如按照第 52 条第(1)款(j)项，未达到所要求的登记参加采购的供应商或承包商的最低数目（见上文第...段），或者根据第 55 条第(5)款采购实体由于技术原因必须终止拍卖（见上文第...段）。

3. 在独立电子逆向拍卖中，取消拍卖意味着取消采购。采购实体在分析导致取消拍卖的原因后，可能认为适宜进行另一次电子逆向拍卖，例如，如果可以纠正说明中导致登记参加拍卖的供应商或承包商达不到足够数目的错误，也可能选择另一种采购方法。如果电子逆向拍卖是作为一个阶段使用的，则取消拍卖不一定会导致取消采购：采购实体可决定根据拍卖前审查和评审出价的结果授予合同，条件是已经在采购开始时对这一选择办法作了明确说明。¹

¹ 这段案文反映了工作组表明意见；但《示范法》的案文并未明确阐述这一选择办法，即根据拍卖前审查和评审出价的结果授予合同，条件是已经在采购开始时对这一选择办法作了明确说明。

4. 如果电子逆向拍卖是作为一个阶段使用的，采购实体还应在采购开始时明确说明，供应商或承包商未能登记参加拍卖会会有何种后果[并在必要情况下谈及投标担保问题]。²

第 55 条. 电子逆向拍卖期间的要求

1. 本条规范拍卖期间的要求，无论是独立电子逆向拍卖还是作为一个阶段的电子逆向拍卖。第(1)款指明了两种类型的拍卖：其一是较简单的拍卖，由胜出（最低）价格决定中标出价；其二是根据价格和其他非价格标准决定中标出价。这种其他非价格标准可以是准价格标准（如交货和保证条款），也可以是较为复杂的标准（如轿车排放量）。这类附加标准无论复杂程度如何，都必须为其设定一个值，以数字或百分比表示，代入提前公布的使自动评审成为可能的数学计算公式中。如《示范法》第 52 和第 53 条所要求的，必须在采购程序开始时公布下列信息：评审所用的每项标准、为各项标准设定的值以及数学计算公式；在拍卖期间不能改动。拍卖期间可以改动的只有价格和可更改的要素。³

2. 第(2)款列有举行拍卖的基本要求。在这方面，这些要求反映了《示范法》下第 2 条定义的拍卖制度的特点（与实务中使用的另外一些类型的拍卖相区别），执行了第 30 条规定的拍卖的使用条件，并详细阐明了第 52 和第 53 条所载的要求。例如，(a)项和(c)项突出了连续的出价过程。此外(a)项还要求给予出价人同等的出价机会。从实务上说，这意味着系统必须在收到出价后立即记录下来，无论提出出价的是谁，而其必须对出价及其对其他出价的影响进行评审。系统必须迅速将相关信息发送给所有出价人。(c)项阐述了这一要求，其中提及让每一个出价人即时收到充分信息，使其能够确定自己的出价相对于其他出价的位置。这些条文的措词表明，不一定要向所有出价人发送同样的信息，但所发送的信息必须足以进行上述确定，而且必须确保公正公平地对待出价人。

3. 《示范法》有意不规定为满足上述要求而必须披露的信息的性质。颁布国在决定如何规范这一问题时，需要对以下两方面进行平衡：一方面是透明度和促进积极出价的考虑因素，另一方面是避免串通和防止泄露商业敏感信息。视拍卖情况而定且反映拍卖复杂程度和其他要素的适当选择办法包括：(a)披露出价人是否在拍卖中领先，或提交了领先的价格；(b)披露领先出价；(c)向每个出价人披露其与领先出价相比的位置（但不透露其他出价的信息）；(d)披露所有出价的分布。此外，采购实体应当能够看到所有出价的差距。颁布国应当了解，一些法域的经验表明，披露领先价格可能会鼓励极小幅度地降低出价，从而使采购实体难以获得最佳结果；也可能会鼓励提交异常低价。关于其他出价所提供的信息越多，串通的可能性就越大；在较为复杂的拍卖中，供应商或许还能够利用所提供的数学计算公式，逆向推出其他人的出价。[据报告很难防止这些情形；同时，确保有意义的竞价过程和自动评审而不泄露商业敏感信息业很

² 关于方括号中的案文，见 A/CN.9/731/Add.6 号文件脚注 14。

³ “可更改的要素”这一术语可能需在《指南》中作进一步解释。

难。]⁴无论采购实体对于拍卖期间要披露哪类信息做出何种决定，这一决定都必须反映在拍卖开始之前向潜在出价人提供的拍卖规则中。这些条文补充了第52(1)条第(1)款(g)项和第53条第(1)款(a)项规定的公布将在拍卖期间使用的标准和程序的要求以及提供拍卖前任何评审结果的要求。

4. (b)项重申了拍卖期间对出价进行自动评审的原则。该项与(d)项一同强调了避免拍卖进行期间人为干扰的重要性。拍卖设施以电子方式收集报价，并根据在拍卖邀请书上公布的标准和程序进行自动评审。出价收集设施应当给每个出价表打上标签，但不破坏匿名性。还应当具备立即自动否决无效出价的在线能力，并能够立即发送否决通知并对否决的原因作出解释。⁵应当向出价人提供就可能出现的的技术问题进行紧急联络的联络点。这种联络点必须在拍卖设施之外[且在有关的采购程序之外]。⁶

5. 本条第(3)款和第(5)款重申了《示范法》中规定的拍卖的另一个基本原则——必须在拍卖之前、拍卖期间和拍卖之后保全出价人的匿名性。第(3)款反映了这一原则，禁止采购实体在拍卖期间披露任何出价人的身份。第(5)款将禁止范围扩大到拍卖前阶段，包括暂停或终止拍卖的情形。这些条文应作宽泛解释，不仅禁止明确披露，也禁止间接披露，例如任凭其他出价人披露或确定出价人的身份。在这方面，代表采购实体的拍卖系统运营商，包括任何参与者，或以其他身份参与程序的其他人，例如负责就可能发生的技术问题进行紧急联络的联络点，应当被视为采购实体的代理人，因而也受这一禁止约束。但很显然，尽管有本条和本章总体的规定，在存在较稳定的供应商群体的采购中，以及在通过电子逆向拍卖重复采购类似物品时，保全出价人匿名性仍然可能存在实际困难。⁷

6. 第(4)款补充了第52条第(1)款(o)项和第53条第(2)款(c)项中关于有必要最迟在举行拍卖之前公布拍卖结束标准的要求。这些规则是在之前公布的，在拍卖期间不得改动。此外，任何情况下均不得在规定的截止时间之前结束拍卖，即使是没有出价的情况。在实务中，常见的情形是，积极出价是在拍卖快要结束时开始的。如果允许采购实体自行决定在规定的截止时间之前结束拍卖，将会为滥用行为打开方便之门，例如容许某一出价人和采购实体之间的拍卖前安排影响拍卖结果，该出价人得益。而另一方面，并不禁止延长提交出价的截止时间，只要这是以透明方式进行的。这一便利规定可能很有用，例如在因技术原因不得不暂停拍卖的情形下（如本条第(5)款所规定的）。良好的做法是，要求拍卖规则述及延长提交出价截止时间的标准和程序。

7. 供应商可在电子逆向拍卖结束之前退出。这不应影响拍卖，除非退出原因是根据本条第(5)款必须暂停或终止拍卖（例如采购实体的通信系统发生故障）。在所有其他情形下，拍卖必须进行。在拍卖结束时，采购实体可能需要分

4 关于方括号中的案文，可能需在《指南》中列举现有良好做法实例。请向秘书处提供指导。

5 可能需在《指南》中作进一步解释。请向秘书处提供指导。

6 可能需在《指南》中作进一步解释。请向秘书处提供指导。

7 可能需在《指南》中列举现有的降低此类风险的良好做法实例。请向秘书处提供指导。

析退出的原因，特别是在许多出价人退出的情形下，以及这种退出对拍卖结果造成的任何负面影响。第 56 条重申采购实体有权在采购的任何阶段取消采购，在这方面该条补充了第 18 条第(1)款（关于取消采购的第 18 条的指导意见见上文第...段）。

8. 第(5)款要求在该款所述的情形下终止或暂停拍卖。除了影响拍卖正常进行的采购实体通信系统故障之外，终止或暂停拍卖还可能有其他原因。尽管不可能在采购法中列出所有原因，但《示范法》要求在根据第 52 条和第 53 条规定的进行采购的适用规则中列出所有原因。这方面不应进一步给予采购实体裁量权，因为行使此种裁量权可能会导致滥用行为和人为干扰程序。尽管在某些情形下可能无法避免这种干涉，但必须尽量减少这类情形。例如，颁布国可通过采购条例建立采购实体监测拍卖程序的机制，以发现操纵市场的行为[并允许采购实体进行干预以防止可能发生的串通行为。但与此同时还应当要求采购实体具备关于以往的类似交易、相关市场和结构的确凿情报。颁布国应当认识到在分辨正当行为和串通行为方面存在的实际困难，因此，这方面给予采购实体的任何裁量权都应谨慎地加以规范，以防止滥用行为和不正当的干扰。]⁸

9. 进行拍卖的规则还必须规定程序保障措施，应采取这些措施在终止或暂停采购的情形下保护出价人的利益，如：立即同时通知所有出价人暂停或终止的消息；如果是暂停，则告知重新开始拍卖的时间和结束拍卖的新的最后期限。

10. 终止拍卖不同于暂停拍卖，很可能导致取消采购（简单拍卖和复杂拍卖在这方面的区别见上文关于第 54 条的评注第 3 段）。⁹

第 56 条. 电子逆向拍卖结束后的要求

1. 本条规范在拍卖结束后需要采取的步骤，无论是独立电子逆向拍卖还是作为一个阶段的电子逆向拍卖。所适用的规则相同，因为在所有情形下拍卖总是在授予采购合同之前。在举行拍卖之后不允许进行进一步评审或谈判，以避免不当行为、偏袒或腐败。因此拍卖结果应是采购程序的最终结果。所产生的实际问题是，如果招标文件规定采购合同应当授予最低出价，则应将采购合同授予该出价的出价人，采购合同也应列出中标价格。如果招标文件规定了授予采购合同的价格标准和非价格标准，则采购合同应当授予通过适用提前公布的数学计算公式确定的最有利出价¹⁰的出价人，采购合同应列出中标出价的条款和条件。第(2)款和第(3)款明确说明了这些规则的有限例外情形。

2. 第(2)款适用于简单的独立电子逆向拍卖（即之前没有初步出价）。在这种拍卖中，对资格和响应性的评价是在拍卖后进行的，而且仅评价中标者和中标出价。这一办法可节省时间和费用。如果中标者资格不够或其出价不具响应性，

⁸ 需要考虑，是将这一指导意见扩大范围、保持原状，还是挪到关于串通的较为广泛的讨论中。

⁹ 需要进一步解释，在独立电子逆向拍卖中，终止拍卖何以不会导致取消拍卖。

¹⁰ 关于第 56 条的评注没有对“最有利的出价”作出解释：这一概念将在别处提及，除非认为也应在关于第 56 条的评注中作此解释。

则采购实体有两种选择：要么取消采购程序，要么将采购合同授予排位第二的中标出价人，条件是后者具备资格且其出价具有响应性。这一办法的前提条件是，回应邀请书的所有出价人都能提供所要求的产品或服务，且质量水平相差不大；如果采购涉及简单的现成商品或服务，则采购实体的风险很低，因为很容易找到替代的供应源。应当在对即将参加拍卖的供应商的指南中强调这一可能性，这样他们就不会在采购的后期阶段提交不可持续的出价。

3. 第(3)款适用于任何类型的拍卖，而且述及采购实体认为中标出价异常偏低（这一术语的解释见上文第...段关于第 19 条的指导意见）的情形。该款的规定还服从于第 19 条所载的关于调查异常低价提交书的一般规则，包括确保进行客观而透明的评估的保障措施。如果满足了第 19 条中否决异常偏低出价的所有条件，则采购实体可否决该出价并选择取消采购程序或将采购合同授予排位第二的中标出价人（见对这一条提出的适当程序方面的指导意见）。一般规则的这一例外情况要求将采购合同授予在拍卖结束时确定的中标出价人，列入这项例外情况的目的特别是要防止倾销。《示范法》的条文如此措词是为了给予采购实体更大的灵活性，但要服从于第 19 条规定的防止滥用行为的保障措施。

4. 采购实体根据第(2)款或第(3)款决定采用哪种办法——取消采购程序还是将采购合同授予排位第二的中标出价人，应当评估取消拍卖的后果，特别是，是否可能在同一采购程序中再举行一次拍卖，以及替代采购方法的费用。尤其是，出价人的匿名性可能已经受到损害，也可能无法重新开始竞争。但这一风险不应促使采购实体总是选择排位第二的中标出价人，特别是在怀疑中标出价人与排位第二的中标出价人之间存在串通的情形下。第(2)款和第(3)款的条文如此措词，意在避免强制规定采购实体采取任何特定的步骤。

5. 在第(2)款和第(3)款下的任一情形下，拍卖之后都必须迅速采取行动，严格按照《示范法》的适用规定，确保在合理可行的情况下尽早决定最后结果。这些步骤不应被视为一种破坏自动确定中标出价的机会。¹¹

C. 《颁布指南》中述及《示范法》1994 年案文所作改动的一节 拟讨论的关于电子逆向拍卖的若干问题

自贸易法委员会通过 1994 年《示范法》以来，电子逆向拍卖的使用日益增多。1994 年案文没有规定传统的面对面的拍卖，很大一部分原因是注意到有串通行为。电子技术为使用逆向拍卖提供了方便，大大减少了交易成本，并且由于拍卖可虚拟进行，不必有人亲自到场，因而也就保全了出价人的匿名性。因此，《示范法》只允许使用自动评审程序举行拍卖，这样才可保全出价人的匿名性以及竞拍过程的保密性和可追踪性。尽管如此，即使在电子逆向拍卖中也可

¹¹ 需要就工作组提出的以下问题向秘书处提供指导意见：第(2)款和第(3)款所述每一种选择办法所涉的实际问题；对出价性质的适当解释（具有约束力/不具约束力以及在何种条件下）；在拍卖情况下对停顿期和复议的使用（包括应将这一指导意见放在第 21 条和第八章之下并在此处参引条目编号，还是反之）。

能存在串通的风险，特别是在电子逆向拍卖作为其他采购方法的一个阶段使用的情形下，或是在先对初步出价进行非在线审查或评审的情形下。
