



联合国国际贸易法委员会
第四十八届会议
2015年6月29日至7月16日，维也纳

计划和今后可能在采购和基础设施发展领域开展的工作

秘书处的说明

目录

	段次	页次
一. 引言	1	2
二. 拟议今后在采购和基础设施发展领域开展的工作	2-40	2
A. 公共采购中的暂停和中止资格	2-16	2
B. 公私伙伴关系	17-40	5



一. 引言

1. 本说明系为委员会在第四十八届会议上审议今后可能在采购和基础设施发展领域开展的工作而编拟，其中探讨了可能开展立法拟订工作的两个领域：公共采购中的暂停和中止资格，以及公私伙伴关系。

二. 拟议今后在采购和基础设施发展领域开展的工作

A. 公共采购中的暂停和中止资格

2. 《贸易法委员会公共采购示范法》（2001年）第9条第2款(f)项¹允许把那些（除其他外）曾根据暂停或中止资格的行政程序被取消资格的供应商排除在采购程序之外。其《颁布指南》²指出，这种将之排除在今后采购之外的做法可以是暂时的或者永久的，³而且通常用作针对不当行为、腐败活动或违反道德的行为（如做假账或者试图通过利诱和串通破坏采购程序等）的制裁措施。《指南》还进一步指出，应当给予被指控的不当行为者享有正当程序的权利，⁴而且在一些制度中，商业不当行为（如未订立采购合同或未履行合同义务等）也可导致对所涉供应商实行制裁。⁵

3. 《示范法》未规定任何将供应商排除在外的程序规则。《颁布指南》没有进一步讨论暂停和中止资格问题。尽管如此，《指南》强调，有效采购制度的一个关键特点是，设有各种机制监测采购制度的各项规则得到遵守、并在必要时予以强制执行：这些机制包括复议和质疑采购官员的决定、审计和调查，以及制裁和中止资格程序，在关于以供应商或承包商利诱、不公平竞争优势或利益冲突为由将其排除在采购程序之外的第21条规定的情况下，或者由于违反《示范法》第26条规定的行为守则，或由于违反《示范法》规定的其他义务，可采用制裁和中止资格的程序。⁶另外，《颁布指南》指出，“因此，对于包括采购实体雇员在内的政府官员以及供应商和采购商的腐败行为，颁布国总体上应当有一套行之有效的制裁制度，而这种制度也将适用于采购过程，目的是加强整个系

¹ 《大会正式记录，第六十六届会议，补编第17号》（A/66/17），附件一。

² 可查阅：www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html。

³ 暂停系临时性措施，时限一般为一年或不足一年，而中止则指高达三年或三年以上的限制。中止的后果比较严重，其可能会使某公司长时间退出市场，从而足以丧失其在某个领域的竞争地位，但在这一术语的使用上，各种制度有所不同。另见，《颁布指南》，关于行政支助的评注，第69段。

⁴ 《颁布指南》，第9条第(2)款(f)项的评注。

⁵ 《颁布指南》，第17条的评注，第12段。

⁶ 另见，《颁布指南》，第八章引言中的评注（质疑机制）。

统的管理”。⁷据指出：对实施的腐败罪行予以“有效、适度和警戒性”制裁亦是《联合国反腐败公约》的一项基准要求。⁸

4. 虽然普遍一致认为暂停和中止资格程序是支持有效实施采购法，特别是打击腐败的重要要素，⁹但实际上暂停和中止制度之间存在很大的差异。的确，据指出在一个国家，“若干监管机关发出的多项命令和指示就该问题所做的指导非常分散[省略脚注]，大有可能使采购官员和政府承包商均产生混淆，从而有可能导致适用和实现预期成果的效率不高”。¹⁰

5. 如 2012 年关于该专题的一次学术讨论会上的一项审查所报告，国家和国际制度中的这种分散状况更为普遍。¹¹（审议的是欧洲联盟、印度、大不列颠及北爱尔兰联合王国、美利坚合众国（联邦采购制度），以及多边开发银行的制度）。存在的差异包括暂停和中止资格程序的目的、程序的性质，以及现有的制裁。最近举行的经济合作与发展组织（经合组织）公共采购领域主要从业人员工作队会议，¹²在审议经合组织最近通过的公共采购建议¹³的落实情况时也指出欧洲联盟与加拿大的制度存在巨大差异。

6. 关于程序的目标，虽然所有制度均旨在防止不当行为及承担后果，但其目标一般是两个独立目标中的一项。一方面，目的可能是避免政府客户同其不应有业务往来或不应将公共资金委托予之的个人和组织有业务往来或将资金委托给它们，不论这些个人和组织是否在业绩、声誉或在这两方面均存在风险。另一方面，制度可能作为一个主要事项侧重惩处有不当行为的供应商。

7. 这些制度还可能是所称的“酌处性”制度，或者可能是“强制性”或“惩罚性”制度，这在很大程度上反映了上述目标上的差异。强制性制度要求对被判定犯有不当行为的供应商实行制裁，而酌处性制度并不要求实行具体制裁，

⁷ 《颁布指南》，第 21 条的评注，第 3 段。

⁸ 《公约》第三十条要求各缔约国“使根据本公约确立的犯罪受到与其严重性相当的制裁，”并指出暂停或中止资格为适当的制裁。另见，《联合国反腐败公约》，“加强公司廉洁的国家措施参考指南”，联合国毒品和犯罪问题办公室（毒品和犯罪问题办公室），2013 年，可查阅：www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/Resource_Guide_on_State_Measures_for_Strengthening_Corporate_Integrity.pdf。

⁹ 例如，见世界银行行长金墉 2014 年的声明：“世界各地的国家政府正在建立行政机构并使其实现现代化，从而能够应对公共采购或捐助资金使用方面的不当行为申诉。行政机构是全球打击欺诈和腐败行动的重要组成部分，”可查阅：<http://www.worldbank.org/en/news/press-release/2014/06/25/world-bank-publishes-data-lessons-learned-debarment-cases-2007>。

¹⁰ Verma, Sandeep, Sending Contractors on a Holiday: Proposed Rules for an Integrated and Seamless Approach in the Ministry of Defence to Debarment and Suspension of Erring Entities (May 23, 2014), at page 1. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2441040> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2441040>。

¹¹ 暂停和中止资格学术讨论会：寻求一项综合做法？http://globalforumljd.org/events/2012/100912_suspension.htm。

¹² 2015 年 4 月 27 日至 28 日在法国巴黎经合组织总部。

¹³ 理事会的建议，2015 年 2 月 18 日，C(2015)2。

但允许制裁机构考虑业绩风险的程度，以及如果排除供应商采购市场可能或有可能面临的后果。

8. 在制裁涉及长时间的排除（举例来说十年或十年以上），并且这种排除可能导致有大量政府业务的供应商退出这些业务的情况下，此问题有着特殊的重要意义。如果排除不是强制性的，则可能找到替代做法，如“自我清洗”（接受罪责并制定方案，以确保今后符合适当标准）。一些制度包含针对更严重行为的强制性排除，但允许酌处处理较轻的不当行为。其他后果可包括民事处罚和刑事定罪。

9. 证明不当行为的举证责任的范围从制裁机构认为的“足够”证据或证据优势扩大到了以前的刑事定罪。这种通过上诉推翻暂停或中止资格决定的举证责任，也可能相对较轻或极为沉重。

10. 鉴于愈来愈重视“共同中止资格”，因此这种做法上的多样性具有其他的后果。“共同中止资格”系指把在一国被暂停或中止资格的供应商排除在其他国家的采购之外的能力。该问题涉及多边开发银行之间要作出大量的协调努力，但是需开展更多的工作，以使得国家制度得以与上述“国际”制度有效合作。上文提及的学术讨论会指出规定一国或一种制度中的中止资格自动共同中止所涉供应商在所有国家和制度中的资格的规则，过于僵化并且不可行，但是强调需要采取一致的做法。国际基础设施和发展筹资涉及使用在各国开展业务的供应商的采购，并且相关政策和做法日益重视跨境采购。

11. 关于正当程序，毒品和犯罪问题办公室指出，鉴于中止资格的严重性，特别是对于个人和较小的企业而言，“明确的行为标准及防止滥用的程序保护至关重要”。¹⁴各国已表明愿意在各自国家制度中落实适当的规则，以便为其采购法和其他规则提供适当支助，以及履行《联合国反腐败公约》规定的各项义务。

12. 尽管如此，显然没有可作为来源材料的统一标准，一些国家已表明需要采用一致的跨国制度。例如，针对世界银行的采购制度建议的新框架，将考虑允许世界银行资助的采购采用国家自身的采购制度（相对于采用银行自身的采购制度的要求而言），据此，借款国除其他外可（酌情）适用银行的中止资格清单。¹⁵除支持一致实施《联合国反腐败公约》的要求外，¹⁶制度上趋于一致有必要避免其零碎分散，即避免在一种制度（其中一些采购由外部供资）及需开展合作的制度中适用不同的行为和制裁标准。因此，据认为，促进适当程序的立

¹⁴ 《加强公司廉洁的国家措施参考指南》，前注 8，第 23 页。

¹⁵ 见《世界银行投资项目筹资中的采购第二阶段：制定建议的新采购框架》，第 44 段，可查阅：https://consultations.worldbank.org/Data/hub/files/consultation-template/procurement-policy-review-consultationsopenconsultationtemplate/materials/procurement_in_world_bank_investment_project_finance_-_phase_ii_0.pdf。

¹⁶ 实施情况审议组（联合国反腐败公约缔约国会议的一个工作组），除其他外，正在审议“查明这方面的挑战和良好做法，并审议技术援助需要，以便确保《公约》的有效实施”的提案，工作组将在维也纳举行的其第六次会议（2015 年 6 月 25 日至 26 日）上讨论这些提案。另见，<http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/ImplementationReviewGroup/1-5June2015/V1501966e.pdf>。

法案文及关于暂停和中止资格程序的保障措施将对此方面大有帮助：所需的类似备选办法载于《公共采购示范法》第三章，相关条款被认为在实践中非常有用。

13. 关于该专题，审议了委员会关于何时可适当给予立法任务授权的陈述。第一个问题是可否对暂停和中止资格程序加以协调统一并协商拟订立法案文。据认为，现行制度上的差异（现有信息）与该制度主要是惩罚性制度还是酌处性制度（相关后果——即执行和采用程序规则方面存在的差异）有着更为密切的联系。规则的核心原则——其应反映《联合国反腐败公约》的承诺，包括针对滥用采购行为的“有效、适度和警戒性”制裁——似乎并未受到争议。

14. 因此，委员会可以考虑可协商拟订立法，但可能需进一步详细阐述任何未来案文的范围及待审议的政策问题。鉴于共同中止资格在公共采购中的重要性，委员会还可认为，就公共采购而言，关于该专题的立法案文将增强国际贸易法。¹⁷

15. 但是，委员会还强调，立法拟订工作如果是对其他法律改革机构正在开展的专题工作的一种重复，则一般不应当展开，应当是在把某个专题交由工作组之前，首先进行准备工作，找到任何有可能重复之处。¹⁸在这方面，初步协商表明拟订一项贸易法委员会标准不是对其他相关改革机构现有活动的重复，事实上而是对这些活动的补充。

16. 因此，建议委员会授权秘书处探究在可能的情况下在此领域拟订立法案文的问题。部分准备工作将涉及与相关利益攸关方——特别是包括世界银行和其他多边开发银行、毒品和犯罪问题办公室和各国——进一步开展协商，以检验上述假定和结论，并避免工作重复。提及的机构已表明，它们欢迎并将特别是以可灵活实施的立法案文的形式参与在此领域拟订国际规范和标准的项目。

B. 公私伙伴关系

(a) 背景及委员会 2014 年届会议以来的活动情况

17. 委员会第四十七届会议审议了 2014 年 3 月举行的学术讨论会的报告，该报告得出结论认为，贸易法委员会私人筹资基础设施项目的案文虽受到了高度评价，但却被认为未得到充分利用并且需加以更新。因此，学术讨论会建议委员会授权拟订公私伙伴关系示范法及随附的颁布指南（并载明设想的工作范围）。¹⁹在此次届会上，成员国对建议存在意见分歧：一些成员国支持这些建议，而其他成员国则反对建议。

¹⁷ A/68/17，第 303-304 段。

¹⁸ 同上。

¹⁹ A/CN.9/821，第 120-121 段。

18. 虽然认识到公私伙伴关系对于各成员国（特别是发展中国家）和捐助机构而言是一个重要的专题，²⁰但经讨论，委员会未能规定所寻求的任务授权，不过如果能够有可使用的工作组资源，委员会保留届时对这一事项重新进行审议的可能性。委员会考虑的两个关键因素是：(a)虽然 2014 年学术讨论会划定了拟订公私伙伴关系立法案文项目的范围，但公私伙伴关系方面的立法拟订工作将涉及一个耗费大量时间的重要项目，以及(b)现有的贸易法委员会私人筹资基础设施项目的案文可以在国家一级用于这一领域法律的协调统一和更新。在这方面，委员会不同意学术讨论会的结论，学术讨论会还建议拟订一部公私伙伴关系示范法。²¹

19. 委员会还授权秘书处参与部分准备工作，以(a)推进公私伙伴关系立法拟订方面的准备工作，包括在内部使用非正式协商办法，以确保工作组在下达任务时能够研究这一主题，以及(b)协助委员会进一步审查是否开始这一主题领域的立法拟订工作，委员会将在第四十八届会议上进一步讨论该问题。²²

20. 因此，秘书处参与了与各国及捐助/改革组织——主要是世界银行和区域开发银行、联合国欧洲经济委员会和经合组织——的专家和代表进行的部分虚拟和电话协商。本说明本节阐述了就上述两个事项开展的这些协商的结论，将它们放在一起介绍旨在反映其密切相关。

21. 因此，秘书处要求专家和其他参与者：(a)提供各自国家和区域有助于私人筹资基础设施项目案文修改工作的信息，以及(b)依据委员会 2014 年届会的评论意见审查私人筹资基础设施项目案文的条款。

22. 与会者提供了各个区域公私伙伴关系制度的重要信息，特别是非洲、欧洲，以及北美和南美地区的重要信息。虽然信息表明政策问题日益趋同，但是某些区域存在着一些差异，特别是关于公私伙伴关系可在何种程度上以特许权（而非有时被称为公共部门付款的公私伙伴关系）为主要形式。特许权类型的公私伙伴关系主要通过对第三方收费获得报酬，而公共部门付款的公私伙伴关系的报酬则更为确定，且主要来自公共部门，因此这两种公私伙伴关系类型的商业风险状况各不相同。尽管如此，与会者一致认为两种公私伙伴关系类型在规划、准备和采购上具有许多相似之处，但机构、合同和法律制度实际上却存在着一些差异。因此，与会者认为可行的做法是确定两种公私伙伴关系类型共同的核心要素，以便经修订的立法案文可论及与所有公私伙伴关系类型相关的要素。

²⁰ 委员会获悉学术讨论会“重申公私伙伴关系为可持续经济和社会作出巨大贡献的潜力，特别是可能填补许多实证研究和评论人员查明的巨大的基础设施资金缺口。学术讨论会认为，由于以上所述，发展中国家有非常迫切的需要，与小规模私人经营者（如中小微企业）建立公私伙伴关系也可以为地方和区域发展提供支持。认识到不合标准和失败的公私伙伴关系的经历突出说明，需要为各国建立有效的立法模式，用来制定最佳做法和标准，以便建立高效和有效的公私伙伴关系。” A/CN.9/807，第 13(g)段。

²¹ A/69/17，第 255(c)段。

²² 同上，第 260 段。

23. 因此，还可对关于基于特许权的公私伙伴关系的其他要求（与大型基础设施项目的现代公共采购制度，以及公共部门付款的公私伙伴关系更为不同）给予适当关注。与会者一致认为，此方法将反映现有私人筹资基础设施项目案文的方法，并落实 2014 年学术讨论会所讨论的“核心公私伙伴关系”概念。²³但是，专家还认为公共部门付款的公私伙伴关系出现了增长（在拟订私人筹资基础设施项目案文期间，此种伙伴关系较之特许权公私伙伴关系并不常见），并且新的案文将表明要解决这些公私伙伴关系所涉预算问题，则需补充关于项目选择和资金效益基准的评注。

24. 另外，与会者清楚认识到现有的私人筹资基础设施项目案文的一些部分需要简化，并且一些现有指导可采用立法语言，以反映市场的发展情况。虽然可以（并且专家认为应当）包括机构型公私伙伴关系，但其他新办法——如项目结盟——将更难予以妥善处理，并且与会者建议不应包括这种伙伴关系。

25. 与会者还审查了全部的私人筹资基础设施项目案文，以确定需予以合并、修正、重新起草和（或）删除的案文，以及需增补案文或条款之处。此项审查工作还考虑到了 2013 年和 2014 年学术讨论会的结论。可向秘书处索取关于《立法指南》每款及每项立法建议和示范立法条文的结论的列表。²⁴结论概要总结如下：

26. “关于私人筹资基础设施项目的介绍和背景资料”：修正起草工作，以体现基本公共利益、资金效益基准、可持续性及其他术语问题和定义的概念方面的现代做法，并且区分项目合作伙伴负责提供全部或部分公共服务的公私伙伴关系，以体现核心公私伙伴关系的范围和现代做法。

27. “关于私人筹资基础设施项目的背景资料”：简化案文并取消不必要的讨论，解释两种主要公私伙伴关系类型之间的差异（如上所述），进行更新以提供相关的最新经验，以及适当地比照参引《贸易法委员会公共采购示范法》。

28. “其他相关的法律领域”：仅略做简化。

29. “总体立法和机构框架”，进行修订，以更有效地兼顾私人利益和公共利益；支持公共当局的能力；探讨准备措施和项目选择；扩大相关机构（例如，包括竞争主管机关以及公私伙伴关系股和委员会，这些机构在采用公私伙伴关系做法的国家非常常见，并且如学术讨论会所述，其需在任何新的立法案中纳入附加条款）必要机构机制及管理方面的范围。²⁵

30. “项目风险和政府支助”：更为明确地讨论拟列出的项目的三个经济方面，并讨论具体风险和风险共担；充分阐述风险分配、提供担保、资金效益和项目总体的经济利益之间的联系，并就公共方面的透明度提出建议。

31. “建造和运营：立法框架和项目协议”：探讨合同形式、对合同自由的限制，以及最低合同要求（通过一项范围可能更为广泛的项目协议）；更为深入地

²³ A/CN.9/821，第 27 段。

²⁴ 列表副本长达约 50 页，目前仅有英文版。未来将在委员会作出决定后对表格进行翻译。

²⁵ A/CN.9/821，第 35-40 段。

讨论项目期限内的分包安排和赔偿责任，以及合同的重新谈判、重新筹资及修改（包括就合同规格）；澄清项目协议的范围可扩大至一组文件。²⁶另外，进一步澄清特许经营商的活动范围、不同的项目场地所有权（及获得所有权）的概念、使用费和手续费，以及做出补充和缓解政治风险的保障（其中一些可能有谈判的余地，而其他则被视为最低限度的法律保障）。关于基础设施的运营，需就项目方的标准和义务、执行公共主管机关的指示，以及适当的特许权时限提供更多指导。建议提高将项目文件的主要条款公之于众的透明度。

32. “项目协议的期限、展期和终止”：探讨项目的时限；投资问题以及风险的实际发生情况；进行修订，以确保修改与终止之间具有更为密切的联系。

33. “争议解决”：增强指导的实用性；就仲裁的使用及提交仲裁委员会何时可能为初步的强制性步骤提出更为明确的建议；引入紧急仲裁；就解决争议的国家与国际论坛，确保论坛的独立性，法律选择，利益攸关方、贷款方、运营联合体合作伙伴、监管机构和运营商及承包商和分包商，以及公共主管机关和项目合作伙伴之间的争议提供更多指导意见。

34. 列表确定了可提出新的立法建议或条款之处，以及应更新或修订现有的指导意见之处，并且可以看出公私伙伴关系方面的经验虽然实际上不尽相同，但有一整套的相关建议，可汇编为经修订的《立法指南》，其中可载有立法建议和示范条文，并汇总及一并介绍全部的三个要素。²⁷

35. 开展此项工作后，专家认为实现这一目标所需的工作量并不太大，并且由于秘书处只进行有限的监管，因此可在大约一年内完成。制定一部全面的示范法的项目涉及到更为大量的资源，并且鉴于学术讨论会就示范法可行与否表示不确定，²⁸专家和与会人员认为在经修订的《立法指南》正文纳入示范立法条文或立法建议，将会在此阶段在方便用户的案文与确认的资源制约之间取得一个适当的平衡。另外，专家和与会者认识到，对这种短期的经修订的贸易法委员会法规的需求大于对较长期的《示范法》和《颁布指南》的需求。

(b) 建议

36. 协商期间，若干成员国（发达国家和发展中国家）、捐助机构成员以及一些区域组织表示，它们欢迎并将采用现代公私伙伴关系立法案文。秘书处已收到一个发展中国家提出的支助公私伙伴关系方面立法拟订工作的正式声明。但是，一些国家仍不愿为工作组内此类案文的拟订工作承付资源。给出的理由各种各样，其中最重要的是：公共部门的预算拮据，在促使有意义参与的领域缺乏经验，以及侧重国家公私伙伴关系项目而非拟订国际规范和标准给国家的现有人力资源造成了压力。另一方面，从事此领域工作的专家和捐助组织愿提供

²⁶ 关于一些现有案文有无必要及可否予以删除，意见不一。

²⁷ 未单独审议公私伙伴关系的采购方面，因为如 2014 年学术讨论会所商定，一致认为此方面与《贸易法委员会采购示范法》的相关条款相一致，见 A/CN.9/821，第 90-95 段。

²⁸ A/CN.9/821，第 122 段。

义务服务，以支助贸易法委员会公私伙伴关系方面的工作，并如上文所讨论拟订一部经修订的《立法指南》。

37. 在编制现代立法案文的立法拟订工作是可行的这一基础上，秘书处分析了委员会最近就以下问题提出的指导意见，即此方面的项目是否将产生惠益，以及如果产生，该项目则可能采取何种形式。

38. 委员会经常强调通过在一个工作组内进行正式谈判开展立法拟订工作的重要性，因为正式谈判进程所有具有的透明度、多边主义和包容性有助于这些法规具有普遍适用性和得到接受。²⁹委员会还得出结论认为，应根据相关专题的性质评估正式方法与通过秘书处研究、外部专家的帮助和学术讨论会拟订立法做法（“非正式工作方法”）之间的平衡。³⁰

39. 根据上文(a)分节就工作性质和工作量得出的结论，以及成员国可能对任何拟订公私伙伴关系立法案文的项目作出的承诺，委员会似宜考虑可如何履行任何关于修订私人筹资基础设施项目案文的任务授权。例如，可能适宜采用一项允许在拟订过程中对问题进行广泛讨论的机制，鼓励视可能包括多边开发银行在内的区域组织进行广泛参与并予以支助。这一机制的目标是确保汲取所有区域的经验，并减少委员会之前所表示的对非正式工作方法的一些其他关切的影响。

40. 如委员会先前的设想（A/CN.9/807，第 48-49 段），实现这种适当平衡的方法之一可能是将现有《立法指南》的订正草案提交一个或多个学术讨论会。在这方面，委员会可提请注意，贸易法委员会可在委员会分配的可用会议时间范围内，利用会议时间（包括翻译资源）举办学术讨论会。另外，设想将所有草案案文提交委员会，供其审议并视可能予以通过。

²⁹ A/68/17，第 300 段，其中注意到 A/CN.9/774 第 15-17 段所载的问题。

³⁰ 委员会也对非正式工作方法的某些方面表示关切，包括可能不够充分透明、多边主义和包容性有所降低以及某些专业群体和利益集团可能占主导地位（A/68/17，第 301 段）。另见，A/72/16，第 43 段，如 A/CN.9/774 第 36 段所报告；另见，A/CN.9/752，第 35 段和第 37-40 段，以及 A/CN.9/807，第 19 段和第 33 段。