



联合国国际贸易法委员会
第一工作组（采购）
第六届会议
2004年8月30日至9月3日，维也纳

公共采购领域近来的事态发展——在公共采购中增加使用电子通讯引出的问题

秘书处的说明

目录

	段 次	页次
一. 导言	1-5	2
二. 公共采购近来的事态发展——电子通讯和电子技术在采购方面的适用	6-92	2
1. 与采购有关的信息的电子发布	16-47	4
A. 背景	16-20	4
B. 合同机会	21-35	5
C. 关于采购合同的法律和条例的发布	36-42	7
D. 所授予合同的发布	43-47	8
2. 在采购过程中使用电子通讯	48-78	9
3. 电子（反向）拍卖	79-92	13
三. 建议	93	16



一. 引言

1. 《贸易法委员会货物、工程和服务采购示范法》（《贸易法委员会采购示范法》或《示范法》），及其附加的《立法指南》，目的是为各国采购立法提供示范，促进通过有关程序实现采购过程的竞争、透明度、公正、经济和效率。通过了基于或主要受《贸易法委员会采购示范法》启示的法律，《示范法》影响了许多法域的立法，该法的采用促进了采购规则和程序的广泛协调。
2. 贸易法委员会在其第三十六届会议报告中，强烈支持将采购法纳入委员会的工作方案，这尤其是为了对自从 1994 年通过《贸易法委员会采购示范法》以来出现的新的问题和做法加以审议（《大会正式记录，第三十六届会议，补编第 17 号》(A/58/17 号文件)，第 229 段）。委员会进一步指出，该工作组的工作应当集中在有可能对《示范法》作出修订的两个主要领域：第一，通过电子手段进行采购引起的问题，第二，在适用《示范法》过程中引起的问题。
3. 本说明是秘书处展望委员会在公共采购问题上的今后的工作而编写的两份文件中的第一份，它审议了在公共采购中越来越多地使用电子通讯和电子技术，包括使用基于因特网的采购方法引起的问题。两份文件中的第二份文件题为“公共采购领域近来的事态发展——国际组织和贷款机构近来适用《贸易法委员会货物、工程和服务采购示范法》的活动和经验引出的问题”（A/CN.9/WG.I/WP.32 号文件）。为方便读者，本说明使用“电子采购”一词表示在公共采购中使用电子通讯和电子技术。
4. 本说明还审议了工作组为处理使用《贸易法委员会采购示范法》中的电子采购所引起的问题似宜考虑的各种政策选择。工作组或许认为，其中一些问题可在该《示范法》现有条款内（或通过现行法律和规则、包括《立法指南》中所载规则的解释）加以调整。然而，在一些情况下，或许需要在《示范法》中订立新的条款。在本阶段，秘书处主要着重政策性问题，而不是如何起草有关条款，因此，本说明不准备提供行文上的建议。
5. 秘书处在开展这项工作时，与在这一领域具有经验和专业知识的组织，例如世界银行保持了密切合作，并得到了这一领域中专家的咨询帮助。

二. 公共采购近来的事态发展——电子通讯和电子技术在采购方面的适用

6. 过去十年来，两项重大技术发展改变了采购方式：第一，电子通讯手段的使用日益普遍，第二，某些国家目前以电子方式完成采购的某些部分（即合同投标书的提交，或合同的授予是在线进行，一般是使用因特网）。此类用途迅速扩展，在国内法和一些国际机构和协定中得到了考虑，例如，亚洲—太平洋经济合作组织（亚太经合组织）、欧洲联盟（欧盟）、《美洲自由贸易区协定》、北美洲自由贸易联盟、美洲国家组织和《世界贸易组织（世贸组织）政府采购协议》。

使用电子采购的潜在好处和可能遇到的困难

7. 使用电子采购有许多潜在的好处，包括在更广阔的供应商市场上通过更激烈的竞争提高货币的价值，更多地了解供应商和更具竞争性的技术，节省时间和成本，改进所授予合同的管理，并通过加强监督和减少供应商与采购实体之间的直接接触，促进对规则 and 政策的遵守，减少腐败和滥用行为。此外，电子采购提供了采购过程中加强公众信任和提高透明度的宝贵机会。
8. 同样清楚的是，电子采购可在采购全过程中操作，其潜在的好处可能超越采购领域本身，因为它可与其他国内政策产生宝贵的协同作用。例如，电子采购可推动私人部门采纳现代公共采购做法，促进标准化，进而加强地方供应的竞争。关于这一主题的更全面的讨论，见国际贸易中心，“公共采购培训系统，模式 5，电子采购”，第 3.2 段，Talero”，“政府电子采购：概念和国别经验”，世界银行讨论文件（2001 年 9 月），B 节和英国政府商务办公室，“公共部门采购指南”（见 www.ogc.gov.uk），第 2 章。
9. 另一方面，上述潜在的好处可能与颁布国其他社会经济目标发生冲突，例如通过利用更大的合同和框架协议来提高效率可能有利于大企业而不是中小企业，而在许多国家的政府中，发展中小企业是促进经济增长的动力。
10. 此外，电子通讯相对来说还是个新生事物，对其保密性和可靠性的怀疑可能妨碍供应商参与必须使用电子通讯的采购。

《货物、工程和服务采购示范法》在电子采购方面的可能目标

11. 上述电子采购的潜在好处与《贸易法委员会货物、工程和服务采购示范法》序言中载明的许多宗旨和目标是一致的，但据认为，需要对该法进行审查，以使制定了有关法律的国家能够充分享有电子采购的好处。
12. 具体国家可能从电子采购中受益的程度将取决于适当的基础设施和其他资源是否存在，电子商务方面适用法律的恰当与否，以及有关国家内的标准化程度。国家内的整体法律环境（相对于政府采购的具体措施而言）可能为电子采购提供充分的支持，但也可能做不到这一点。例如，制约书面通讯、电子签名、何为原始文书和法庭证据的承认等问题的法律，可能妨碍使用电子采购。
《贸易法委员会电子商务示范法》（1996 年）和《贸易法委员会电子签名示范法》（2001 年）涉及到这些问题。因此，工作组可能认为这些问题应由参与缔约国采购法之外的其他措施来加以解决。例如，上述示范法提供了电子和纸面信息可以借鉴的操作原则。然而，工作组似宜考虑，《立法指南》是否应建议参与缔约国颁布有关法律，处理此类问题。
13. 与此有关的一点是，由于技术的迅速发展以及成员国技术水平的悬殊，工作组可能认为《贸易法委员会采购示范法》的任何补充条款都应是技术上中立的。也即，关于使用电子采购的任何条款应当涉及有关通讯和技术的原则，而不是其具体机制。因此，在本说明中，技术仅在影响政策考虑时才会有所涉及。

14. 到目前为止，涉及使用电子采购的主要政策问题出现在下述两个领域：

(a) 与采购有关的信息的发布，包括制约采购合同的法律和条例、招标文件和有关信息和所授予合同的发布；

(b) 在采购过程中使用电子通讯，包括使用电子（反向）拍卖。

15. 在处理此类每一个问题时，都将概述其潜在的好处和困难，概述目前使用的程度，简略审议在其他国际体制中和一些国内制度中的有关规定，提及目前《贸易法委员会采购示范法》中的有关条款，并最终提出工作组似宜审议的一些政策选择。所审议的主要规定为亚太经合组织和世贸组织的规定，主要的贸易协定是欧盟的协定、《美洲自由贸易区协定》、《政府采购协议》和北美自由贸易联盟的协定，主要国内规定为巴西、法国、新加坡、联合王国和美利坚合众国以及（在更有限的程度上）加拿大和香港的规定。选择后者是为了代表不同的管理传统，还因为它们在电子采购做法或管理方面有明显的经验。

1. 与采购有关的信息的电子发布

A. 背景

16. 《贸易法委员会采购示范法》第 5 条规定了公众获取该法以及“所有与本法规定的采购有关的、普遍适用的行政规定和命令……”的一般原则，并规定，此类信息“应迅速使公众能够获取……并应系统地保存”。在整体审议与采购有关的信息发布问题时，工作组或将认为，或许应当将这一原则扩大适用于所有媒体上的与采购有关的信息。

潜在的好处和可能遇到的困难

17. 与采购有关的信息的电子发布，相对于传统的纸面手段，可能推动更广泛地传播此类信息，因为这有助于更多的供应商获取信息。采购实体利用因特网而不是纸面媒体可获得更多和质量更好的电子信息（因为可使更多的供应商接受电子信息）。然而，此类潜在的好处要求有高效率的因特网搜索设施，并在增加新的信息时作出适当通知。通知本身又要求供应商以某种形式登记。（供应商登记和名录以及电子目录等相互关联的问题，见 A/CN.9/WP.32 号文件，第二 A 节，题为“供应商名录的使用”。）

18. 电子方式的发布和宣传，其花费往往低于传统的硬拷贝形式，但要求进行纸面媒体宣传，并允许选择电子手段，其成本可能不利于使用电子发布方式。这一不利因素的产生，可能是由于电子发布的好处被尤其是建立电子系统的初期阶段不断增加的成本抵消了，同时如果信息以往未作电子储存，还需要制作成电子文本。

19. 人们普遍的看法是，只有强制实行电子公布，这种方式才是最有效率的（即不允许采取纸面发布形式）。然而，即使使用电子手段是选择性的，也有很大的好处，强制性电子公布可能并非在所有情况下都是适用的。

20. 例如，如果基础设施不充分，发生检索上的技术困难，电子广告取代了更为简便的纸面手段，或者如果对检索收费，则使用强制性电子发布方式就有可能限制存取信息。虽然这些问题可能被看作是暂时的，局限于某些地理区域，但工作组可能会认为它们眼下引起了人们的极大关注。伴随而来的一个问题是，电子信息可能随时修订，而纸面媒体信息则需要向供应商发出文件（这可能需要更多的花费和时间），在此情况下，要想确保这两类信息的等同性就很困难了。

B. 合同机会

目前的使用程度和国际和国内体系中的有关规定

21. 使用电子发布方式的国家往往提前发布关于即将执行的项目的信息或关于与某些实体的合同机会的一般信息。

22. 有关信息可能出现在采购实体的个人网站上，或涵盖许多实体的中央电子系统上。在采购程序受到管制的国家，采购实体通常需要使用中央电子系统发布必须按照适用法发布的信息（例如邀请投标）。然而，秘书处没有发现发布合同机会是国内制度的一个普遍特征。

23. 然而，在所审议的几乎所有国内制度中，都可以看到以电子手段公告即将推出的合同。采购制度则有不同的发布方式：例如，一个区域机构只以电子方式发布关于采购机会的信息，而其他机构则允许使用任何媒体，只要能够满足让公众获取信息的要求。

24. 欧盟采取中央发布和翻译制度，所有受管制合同都必须周知全体成员国，有关通知载于《欧洲共同体公报》，只有电子形式（因特网或只读光盘）。不过，有关实体还可能在其他出版物上发表公告，通常也确实会这样做（往往采取硬拷贝形式，或使用其他电子媒体）。欧洲联盟的制度要求各实体在某些产品或服务的采购超过特定数额后，必须发布关于采购机会的一般公告，另外还需要对重大工程项目作出公告，虽然根据其新的指令，这一发布是选择性的。（发布此类信息的实体可缩短某些招标程序的时间限制。按照新的欧盟指令，各实体仅在希望缩短此类时间限制，并能够在其自己的网页而不是通过官方公报作出发布时，才需要发布这类预先公告。）另一项国际文书，即《政府采购协议》，没有规定以电子形式或其他形式进一步提供信息的义务（虽然许多该协议缔约国方实际上这样做了）。

《贸易法委员会采购示范法》的规定

25. 《贸易法委员会采购示范法》第 24 条有两款规定，涉及发布参与即将举行的采购的邀请书。第一款要求必须刊登此类邀请。《示范法》本身并没有规定在何处刊登邀请书，但它在括号中建议，邀请书应刊登在颁布国执行《示范法》时列明的官方出版物上（例如官方公报）。

26. 第二款涉及国际采购，可看作是对第一款的补充。它要求邀请书应刊登在“报纸”或在国际广泛发行的“有关行业出版物或技术或专业刊物”上。
27. 这些规定指明了在两种情况下的纸面发布方式。
28. 另一方面，《贸易法委员会采购示范法》第 27 条考虑了招标文件的内容。虽然没有专门提到使用电子手段的信息，但第 27 条(z)款使采购实体得以列入它针对采购程序制定的要求，该款可以解释为规定了列入使用电子通讯和电子招标手段的信息。《立法指南》建议各国可就这些问题制定新的规章。

政策选择

29. 工作组可能认为，在《贸易法委员会采购示范法》中就强制性或选择性使用合同机会的电子公告专门作出规定或许是适宜的，目的是以有限的费用作出更广泛的发布。

30. 但工作组可能认为，鉴于一些国家缺乏适当的基础设施，要求进行电子发布可能损害公众获取信息的一般原则。在此情况下，有关规定可只从获取信息的机会的角度来处理发布问题，如上面所举的例子一样，不对使用何种技术手段作出具体规定，然后可在条例或《立法指南》中作出适当指导。这种方式的另一个好处是，它在技术上是中立的，无须因今后技术发展而对有关规定作出进一步修正，同时也保存了发布手段的灵活性原则。然而，其不利之处也是明显的，因为在许多制度中，很难执行关于公众获取信息的要求，如此一来，透明度和公众信任就会相应受到影响。在《立法指南》中作出建议和澄清可在某种程度上缓解这一不利之处。

31. 无论如何，鉴于目前《示范法》的案文只讲到纸面公告，据认为，只在《立法指南》中说明电子发布的好处、合理性和可能方法，而不在《贸易法委员会采购示范法》中作出进一步规定，将不足以促进采用电子采购。如果同意这一看法，工作组似宜考虑在《示范法》案文中纳入适当条款。

32. 如果工作组认为此类具体规定是有必要的：

(a) 关于第 24 条第 1 款，可选择重新定义“出版物”，纳入在现有电子媒体上的（选择性）或（强制性）电子发布。或者，可考虑在括号中表明颁布国应在可能时提及（具体的）电子手段；

(b) 如果倾向选择性电子发布原则，但希望逐渐促进强制性电子发布，则有关国家如果现在或今后有此可能，或达到了使用电子通讯的临界点，则可要求进行电子发布。此一临界点可在条例中载明（相对于主体法比较容易随时改变），或在《立法指南》中作出讨论。或者如果工作组认为可就临界点达成共识，以便保持透明度，则工作组似宜在《贸易法委员会采购示范法》中作出规定；

(c) 关于第二款，同样可选择重新定义“报纸”或“有关行业出版物或技术或专业刊物”为或可包括电子出版物，或在该款下单列一项作出同样规定。应当指出，使用因特网进行国际电子发布意味着几乎在世界范围都有机会接触

有关信息，但（如上文第 17 段所表明）如果没有高效率的搜索器，各实体尤其是海外实体可能不知道去哪里寻找信息，或者意识不到信息的变化。

33. 至于信息的提供程度，在电子发布的情况下，或许需要更大量的信息。然而，工作组可能会认为，如果有关信息历史上只以纸面形式保存，则要求在宣布今后的合同之外，还公布大量关于此后机会的信息，任务过于繁重。因此，并考虑到各国将会发布的补充信息互有不同，工作组似宜考虑应在《立法指南》中作出指导，并针对颁布各国自己的条例提出建议，而不是在《贸易法委员会采购示范法》中作出规定。

34. 此外，工作组似宜考虑是否需要在《贸易法委员会采购示范法》或《立法指南》就（尤其是）下列问题作出详尽指导，即使用发布手段的灵活性，由谁来决定发布手段，应当只使用电子发布还是不应使用电子手段，作出此类决定的理由何在，此类决定是否应接受审查（另见 A/CN.9/WG.I/VP.32 号文件第二节 E），谁应对不作为负责。最后，应当考虑确保电子和纸面发布的等同性问题。

35. 工作组还似宜考虑第 27(z)条规定目前的范围是否足够广泛，或是否应当修订《示范法》，专门提到在此类情况下使用电子通讯的问题。

C. 关于采购合同的法律和条例的发布

目前的使用程度和其他法律体系中的规定

36. 许多国家规定了须以电子形式提供广泛的信息，说明制约采购的法律规则，解释这些规则的规定，特定采购实体的采购政策和程序，这些信息可发表在中央网站上，或实体自身的网站上。

37. 按照《政府采购协议》第 19 条，对某些与采购有关的措施必须作出公告，虽然没有指明公告手段。（在世贸组织，政府采购基本上免于某些多边协议的主要的非歧视性义务，但须按照《政府采购协议》第十条第 1 款和第三条第 1 款承担透明度义务）。不过，世贸组织秘书处已在试图通过其自己的主页登载关于各国制度的一些主要信息。《美洲自由贸易区协定》草案第十条要求，应在印刷或在电子媒体上刊登此类信息，以“按照（该协议）附件二十的规定，尽可能广泛地传播，并便于公众获取”。此外，该协议还规定，各国应“努力建立电子信息系统”，提供此类信息的检索。亚太经合组织关于政府采购的不具约束力原则（亚太经合组织政府采购专家组，关于政府采购的不具约束力的原则，第 5 段，见 http://www.apecsec.org.sg/content/apec/apec_groups/committees/committee_on_trade/government_procurement）建议，上述信息应以便于获取的方式提供，亚太经合组织试图通过其自己的网站促进以电子方式获取此类信息的机会。

《贸易法委员会采购示范法》的规定

38. 《示范法》第 5 条规定采购条例、与政府采购有关的普遍适用的行政规定和命令，“应迅速使公众能够获取……并应系统地保存”。

政策选择

39. 第 5 条的范围似乎足够广泛，涵盖了电子或纸面等各种形式的出版物，并从公众获取信息的角度涉及到这一问题。

40. 然而，工作组似宜就这一主题纳入更为详尽的规定，例如明确规定允许或要求以电子形式发布《贸易法委员会采购示范法》目前要求各国发布的所有信息。上文第 29 段至第 31 段所载政策考虑同样适用于选择性或强制性电子发布、公众获取信息和临界点等问题。

41. 或许还应在《立法指南》中说明电子发布的价值，强调使用电子手段的信息相对而言比较容易保存和修订。

42. 此外，目前《贸易法委员会采购示范法》不要求发布的与潜在供应商有关的信息（例如内部政策或指导），这类信息可纳入任何新的条款或新的指南范围内。

D. 所授予合同的发布

目前使用的程度和其他国际体系中的规定

43. 许多国家利用电子媒体，在授予合同程序进行中或完成后公布大量有关信息。例如，新加坡在开标之后提供关于所有投标的信息（见 <http://www.gebiz.gov.sg> under Business Opportunity-> More opportunities-> Tender Schedules），在巴西目前的一份法案草案要求各实体在因特网上公布关于正在进行的采购和所授予合同的信息，包括中标的供应商及其最终控制实体。（众议院 2000 年第 75 号法案草案，已提交参议院审议。）

44. 大多数国际体系要求采购实体刊登授予合同公告，在顾及保密规定的情况的，说明关于所授予合同的某些基本信息。《政府采购协议》第 18 条、《北美自由贸易协定》第 1015.7 条和《美洲自由贸易区协定》第 24.3 条要求各实体刊登所授予合同的公告，但未提及具体媒体（虽然后者暗示只要作出电子公告即可接受）。欧盟指令要求采购实体仅以电子形式发布授予合同公告。

《贸易法委员会采购示范法》的规定

45. 《示范法》第 14 条要求采购实体在达到颁布国规定的一个临界点后即应发布授予采购合同的公告，采购条例可就发布的方式作出规定。同样，这一条的范围似乎足够广泛，涵盖了包括电子形式或其他形式在内的各类发布。

政策选择

46. 在关于采购合同的法律和条例的发布问题上也存在类似问题。

47. 因此，工作组似宜考虑《贸易法委员会采购示范法》是否应当参照目前的《示范法》，列入某些规定，要求各国以电子形式发布信息，而不是在《立法指南》中要求各国发布信息，或提及此类发布的重要性。（如上文所指出的，不要求各国公布企业的内部政策或指导，这在《示范法》的意义上并不构成“指令”。）

2. 在采购过程中使用电子通讯

背景

48. 除了上述第 12 段所述法律问题外，颁布国可能会关注如何确保在其国内体制中以电子方式签署的采购合同得到充分执行，并保护其供应商的相应利益。只要适合进行监管，这后一些问题可由政府采购法的专门条款而不是这些体制中的其他条例来加以处理。

49. 从这一角度出发，有四个主要的监管问题：

(a) 关于政府采购的法律规则是否应允许或要求采购实体经供应商同意使用电子通讯；

(b) 这些规则是否应允许或要求采购实体允许供应商使用电子通讯；

(c) 这些规则是否应规定供应商可要求采购实体使用电子通讯；

(d) 这些规则是否应对使用电子手段附加条件，以确保实现采购法的目标，防止所选择的电子手段成为参与采购的障碍，确保保密性，并确保交易的可靠性和安全以及数据的完善。

50. 对此类每个问题，将在下述各节加以审议。

51. 另一个问题是如何处理对“文字”投标书的要求。人们注意到，在普遍法或政府采购法中，已经采取措施，确定“文字”或“书面”通讯包括电子手段（有时是本着《电子商务示范法》的精神）。工作组似宜在例如《立法指南》中建议颁布国应在其本国制度中处理此类问题。

目前使用的程度和其他国际体系中的规定

52. 许多国际体系纳入或建议纳入有关规定，承认在采购中使用电子通讯、包括强制性电子通讯的现实。

53. 有人建议修订目前很少涉及使用电子通讯问题的欧盟和《政府采购协议》体系，已允许使用经同意的电子通讯，允许采购实体坚持使用电子通讯，并进行控制，以便人们掌握所使用的电子手段，同时确保可靠性、保密性和完善性。

54. 《北美自由贸易协定》第 1015(1)条规定，允许投标书使用任何电子手段，但没有提到强制性电子通讯问题。《美洲自由贸易区协定》认定，采购实体可使用电子手段，同时似乎设想，它们也可要求供应商采用电子方式交易。亚太

经合组织关于政府采购的不具约束力的原则没有明确涉及采购过程中的电子通讯问题，但提到了在提供信息和发布采购规则时，因特网作为一种透明的和非歧视的手段的重要性。无论如何，促进成员国之间的电子采购制度始终是亚太经合组织近来的一项主要目标。

55. 在法国，采购实体可使用电子手段递送各类文件，无须经供应商同意，2005年1月之前，供应商还不可以这样做。对收到日期的确实性、可靠性和保密性进行了控制。在香港，目前也使用了电子招标，但允许供应商选择提交硬拷贝。在新加坡，电子通讯广泛采用，有时是强制性的，包括提交投标书。在巴西，采购实体实际上同样要求供应商使用电子手段进行通讯。在英国，使用电子通讯（由采购实体斟酌决定）是很普遍的。一般在政府活动中，控制措施涉及可靠性和保密性标准。同样，在美国，在联邦一级，与供应商的通讯方式由采购实体斟酌决定，一些采购实体要求投标者使用电子手段交易。

《贸易法委员会采购示范法》的规定

(a) 经同意使用电子采购

56. 该法第9(1)条涉及在采购过程中使用的通讯形式。其中规定，通讯应采取能够提供记录的形式（或作为大多数通讯的一种选择，按照第9(2)条，可以提供记录的形式确认的其他形式），这一规定可包括电子通讯手段。因此，使用经同意的电子通讯手段是许可的。

(b) 电子通讯的强制性使用

57. 第9(1)条申明，关于通讯形式的一般规则，“采购实体在邀请……参与采购过程之初……作出任何其他规定者除外”。虽然这一条可解释为规定了强制性电子通讯，但审议（当时的）《贸易法委员会采购示范法》草案的工作组届会的背景文件表明，只在同意的情况下，才允许使用电子通讯。例见澳大利亚和加拿大代表团关于示范法草案第9条的意见，载于《贸易法委员会1993年年鉴》，第24卷（可检索 www.uncitral.org，标题为“Yearbook Volume XXIV, Item I, document D”“采购示范法：政府评论汇编”（A/CN.9/376和Add.1和2），和“新的国际经济秩序工作组第十五届会议工作报告（1992年6月22日至7月2日，纽约）”，第82-90段（A/CN.9/371号文件），可以同一网址查阅。

58. 第9(3)条规定，采购实体不得根据以何种形式发送或接受通讯而对供应商有所歧视，显然强制性电子通讯可被视为违反了这一条款。例如，即使提交资格预审请求和提交投标书的时间限制对所有供应商来说都是一样的，但如果仅就使用电子手段进行此类通讯规定了时间限制，则按照第9(3)条，显然也是歧视性的。另一方面，形式上的不同待遇事实上可能保证了实际中的平等待遇。

59. 除了与对供应商的公正和非歧视性待遇有关的问题外，应当从《贸易法委员会采购示范法》中正式要求的角度来考虑强制使用电子通讯的需要。对书面

通讯的要求仅适用于投标书，按照第 30(5)(a)条，投标书应“以书面形式、加具签字并装入密封信袋内提交”，或“通过招标文件中规定的任何其他形式提交”，但须符合某些条件。因此，如果当事双方接受，以电子手段提交投标书是许可的，但第 30(5)(a)条中的“其他形式”是否包括强制性电子提交，则未作明确表述。第 30(5)(b)条特别规定了供应商以第 30(5)(a)条中载明的“一般”方法提交投标书的权利，即以书面形式、加具签字并装入密封信袋内。按照《立法指南》，“这是为了确保不致发生歧视，因考虑到各国非传统通讯手段例如[电子数据交换]的使用很不平衡”。因此，按照目前草拟的法律，看来不可要求供应商提交电子投标书。

(c) 对使用电子手段的控制

60. 除了第 9(1)条中关于记录要求的规则以及一般性透明度规定外，《贸易法委员会采购示范法》没有明确规定对使用电子手段的任何控制措施，只有以电子手段提交投标书的情况例外。

政策选择

61. 工作组或许会看到，最好应对电子程序适用与纸面程序同样的标准和原则，以便例如确保招标期间投标书的保密性，同时，采取措施，确保供应商和公众对电子程序与纸面程序有同样的信任度。各国在采购法中就这些问题的具体规定在一定程度上将取决于有关的背景法，例如电子签名在特定国家的处理和法律框架。

62. 工作组似宜处理的具体领域包括：

(a) 采购实体要求供应商使用电子通讯的可能性

63. 这一问题有两个方面：第一，采购实体在一般意义上是否应当能够要求使用电子通讯，第二，是否能够要求以电子手段提交投标书。考虑到自从禁止强制性电子招标以来市场条件的变化，同时，因特网已经取代了有产权的电子数据交换系统，可以认为，对一些国家来说，在一些情况下，要求使用电子招标和其他电子通讯是合理的商业要求，也有利于促进《贸易法委员会采购示范法》的目标。工作组还可能考虑到，重要的是《示范法》不应成为对电子通讯进行最有效利用的障碍，或被视为这样一种障碍，其对于使用强制性电子通讯的方针也不应落后于当下的事态发展。

64. 然而，工作组或许还希望承认，考虑到一些国家的现状，要求使用电子通讯是不适宜的。

65. 因此，工作组或许希望承认，应对不同国家和不同情况适用不同的方针，情况还将不断变化，同时，工作组可考虑在《贸易法委员会采购示范法》中为强制使用电子通讯留有适当选择。

66. 一个可能的选择或许是，规定使用电子通讯不应作为一项普遍性要求提出，只在采购条例中授权时才能这样做。随后，《立法指南》可处理应在起草有关条例时予以考虑的问题，例如时间问题（也即何时或在何种情况下应当取消这一禁止，虽然可在过渡期间规定允许使用电子通讯，并在某些（特殊）情况下要求这样做，以鼓励电子通讯的使用）。这一方针的好处还在于，可对条例加以调整，以每一国家的最适当方式来处理有关问题，同时考虑到上述各段载明的内容。例如，条例可规定哪些采购实体使用强制性电子投标书，和在哪些情况和哪些条件下，需有管辖范围和批准要求。

67. 另一个选择或许是在《贸易法委员会采购示范法》中允许强制性电子通讯，但须符合某些条件（例如管辖范围要求），以允许采购实体斟酌使用（可以有也可以没有管辖范围要求）强制性电子通讯，或仅在特定和有限情况下，例如在面对特定类型或方法的采购时使用强制性电子通讯。

68. 工作组或许会认为，规定对使用强制性电子通讯的任何定义和限制，尤其是在《贸易法委员会采购示范法》中这样做，可能被看作是僵化的，很难适应不断变化的市场条件。因此，工作组或可采取这样一种立场，即《示范法》应继续在有些国家希望始终赋予供应商以非电子形式进行通讯的权利时，同时又允许它们根据条例作出改变。此外，工作组似宜允许各国要求供应商在正式招标时使用电子通讯，或许可决定究竟是在条例中处理这一问题，还是在每次采购时交由采购实体自行处理。

69. 无论如何，《立法指南》或应就这一问题提供有益的详尽指导。

(b) 供应商要求采购实体使用电子手段的可能性

70. 工作组或许会认为，允许供应商要求使用电子手段有其效率上的潜在好处，但也可能会遇到上文第 20 段中指出的困难。

71. 工作组还似宜考虑，规定供应商可要求使用电子通讯并不影响采购实体坚持使用特定通讯手段的权利。此一规定的目的是维持采购实体的主要地位。工作组还似宜在《立法指南》中处理各国可能希望给予供应商在某些情况下使用电子通讯的权利的问题，或许可在关于这一问题的条例中作出规定。

72. 此外，工作组或许会认为，不同国家使用电子通讯的差异表明，任何此类权利都应限于采购实体有合理的机会接触所选择电子手段的情况。就采购实体而言，《贸易法委员会采购示范法》中的选择可能是一个适当的方针。

73. 工作组还可考虑是否应纳入一项一般性规定，要求采购实体规定的通讯手段不应参与采购产生不合理的限制，并在《立法指南》中提出更详尽的规则，说明可使用哪类手段，以及必须有哪些控制措施。

(c) 歧视

74. 出于上文第 58 段中提出的理由，工作组似宜对第 9(3)条的规定作出澄清。

(d) 使用电子手段的控制措施

75. 工作组似宜考虑是否应当就所提交投标书的安全性、保密性和可靠性以及数据的完善制定控制措施。《立法指南》在其关于第 30 条的论译中建议，如存在使用电子招标的可能，尚需就其中一些问题制定新的“规则和技术”，还需解决采取何种形式保证投标书安全等问题。

76. 不过，工作组似宜考虑适用于所有通讯手段的一般性原则是否应载于《贸易法委员会采购示范法》。

77. 工作组似宜考虑以下所述是否构成了适当的指导原则：

(a) 所规定的通讯手段不应不合理地妨碍参与采购过程（在适当情况下，这一原则将允许就纸面或电子通讯提出要求）；

(b) 能够确定通讯来源（真实性）；

(c) 所使用的手段和机制应能确保数据的完善；

(d) 在文件的接收时间对适用采购规则具有重要意义时，所使用的手段应有助于确定这一接收时间（即参与请求和投标书/建议的提交时间）；

(e) 所使用的手段和机制应能确保采购实体或其他人不可在截止日期之前接触投标书和其他重要文件，以防采购实体向其中意的供应商透露其他投标书的信息，并防止竞争者自己去刺探这类信息（安全性）；

(f) 维持所提交信息或与其他供应商有关的信息的保密性。

78. 工作组似宜采纳一种涵盖了所有通讯手段的表述，或许可使用一种与电子通讯功能对等的概念（以便处理例如，关于纸面投标书必须签名和密封的要求），并考虑电子数据的存取问题。此类表述可载于《贸易法委员会采购示范法》，或作为按照《立法指南》中的《示范法》准备颁发的有关条例的指导。

3. 电子（反向）拍卖

背景

79. 电子反向拍卖有若干种形式，是一种越来越流行的招标程序。在反向拍卖这一招标程序中，供应商可获得关于其他投标书的信息，不断修正自己的投标书，以与其他投标书竞争，但一般不知道其他供应商的身份。在电子反向拍卖中，供应商经由电子拍卖网址，通常是因特网发送其投标书（因特网的使用基本上取消了产权制度），使用关于所要求的排名或数额的信息，与其他供应商的报盘竞争。供应商可在拍卖过程中通过电子手段观看投标书的进展，相应修正自己的投标书。拍卖可在一段时间内完成，或持续进行，直到经过一段时间再没有新的投标书出现。

80. 反向拍卖最经常地用于标准化产品和服务，在这些产品和服务上，价格是唯一或至少是关键的授予标准，因为价格是此类“拍卖”过程中的唯一特点。

然而，在拍卖阶段也可以使用和制定其他标准，或在整个程序的一个单独阶段对其他标准作出评估。

潜在的好处和可能遇到的困难

81. 电子拍卖迫使供应商尽其可能提供最优价格，并促使采购实体确切说明非价格授予标准。此类拍卖是以一种透明的方式进行的（因为可以获取关于其他投标书的信息，整个程序的结果有目共睹，滥用行为和腐败不易发生），还可加快招标进程，降低交易成本。电子技术大大降低了交易成本，推动了反向拍卖的采用。

82. 然而，也可能遇到一些困难，最经常提到的就是过分鼓励看中价格。此外，电子拍卖的速度可能导致“拍卖狂热”：也即，供应商可能会不由自主地提出不切实际的价格。如果将合同授予该供应商，在管理阶段，就会出现重大问题。解决这一问题的可能办法就是谨慎选择哪些合同适合采用此种采购方法。

目前使用的程度和其他国际体系中的规定

83. 一些国家和国际机构开始对使用电子反向拍卖进行管理或指导。此类指导涉及举办电子拍卖的机制，以及在提交投标书后对投标书、包括价格进行重大修改的能力等法律问题。

84. 在国际一级，《政府采购协议》、欧盟指令或《北美自由贸易协定》中没有任何关于电子反向拍卖的规定，《美洲自由贸易区协定》草案和亚太经合组织也没有提到这一方法（或许这并不令人惊奇，因为后一种体制描述的是一般原则，而不是具体规则）。然而，在《政府采购协议》目前的修订案草案中，列入了关于电子反向拍卖的明确规定（截至 2003 年 11 月 4 日的案文草案的第 XI.3 条之二），申明可以使用这种采购方法，并对其操作作了管制。新的欧盟采购指令也列入了关于电子拍卖的专门规定，以消除以往法律上的不确定性，并适用有关的控制措施。（尤其见新的公共部门指令第 54 条；新的公用设施指令第 56 条。）

85. 在国家一级，例如，巴西和法国颁布了具有法律约束力的条款。（在巴西：2002 年 7 月 17 日第 10.520/2002 号联邦法，第 2(1)条，准许按照即将制定的规则进行电子拍卖），2000 年 12 月 21 日第 3697 号法令规定了进行电子拍卖的具体规则，在法国，《公共采购法》第 56(3)条和 2001 年 9 月 18 日第 2001-846 号法令。）另一方面，在美国，管理者没有就电子拍卖通过具体法律规则或正式指南。在英国，关于公共采购规则主要局限于欧盟法律的规则，而后者目前并不涉及电子反向拍卖。不过英国政府认为，欧盟的法律为此类拍卖留有余地，批准了其使用并颁布了指南（见 <http://www.ogc.gov.uk/index.asp?docid=1001034> “电子拍卖”）。散见的证据表明，在联合王国和美利坚合众国缺乏管理妨碍了一些采购实体使用此类拍卖。

《贸易法委员会采购示范法》的规定

86. 《贸易法委员会采购示范法》不涉及拍卖。货物和工程采购招标方法采取的是单一招标阶段，禁止在提交投标书后谋求变动投标书中的实质事项，包括价格的变动（第 34(1)(a)条）。它还禁止采购实体透露投标书信息（第 34(8)条），以防采购实体与供应商之间串通交易。允许投标书以书面形式装入密封信袋内的条款也排除了未经供应商同意的交易情况（第 30(5)(a)和(b)条）。同样的规则也适用于限制性招标（第 47(3)条）。

87. 采用非招标程序采购货物和工程的理由很少适用于适合拍卖的采购，即使在技术上可以按照此类一些程序的法律标准调整拍卖阶段。对《贸易法委员会采购示范法》采购某些服务的程序，也可以得出同样结论，这类服务本质上不可视为一种商品，有时称为智力服务，其非价格标准相当重要，人们普遍认为很难定量表示。

政策选择

88. 如上文第 82 段所指出的，电子反向拍卖作为一种采购手段，并非对所有类型的采购都是适合的。然而，鉴于其越来越多地投入使用，工作组似宜考虑是否应在《贸易法委员会采购示范法》中对此作出规定。此外，工作组还似宜考虑目前不属于《示范法》管辖的其他类型的拍卖应在多大程度上受其有关条款的制约。

89. 因此，工作组似宜首先处理哪些类型的采购适合、哪些类型的采购不适合电子反向拍卖程序的问题。例如，工作组似宜承认，只有在制定了提交投标书的最初的共同规范，并能有效地定量表示非价格标准，拍卖的潜在好处才能逐步显示出来。因此，工作组似宜考虑，是否应在《立法指南》中，或许配合《贸易法委员会采购示范法》中的选择性条款，就适于拍卖程序的服务类型提供指导。

90. 如果工作组认为应在《贸易法委员会采购示范法》中就电子反向拍卖作出规定，则伴随而来的问题就是，有关条款是将电子反向拍卖作为一种传统的采购方法，还是作为一种独特的方法。据认为，将此类拍卖作为传统招标处理，将需要针对拍卖的特点补充新的规则。这些特点包括在招标过程中公布价格（否则一般是受到禁止的）和投标书的评估分为两个阶段。然而，据认为这样做要比将电子拍卖作为独特的招标方法处理更恰当，因为后一方法要求制定新的和专门规定。

91. 在此情况下，工作组似宜确保拍卖程序与《贸易法委员会采购示范法》适用于非拍卖采购，例如招标这一货物和工程的一般采购方式在形式和实质上的协调一致。为此，工作组似宜规定，例如，拍卖程序应遵循采购的“招标”或“限制性招标”模式，但需加以调整，以纳入拍卖阶段（在有关例子中，或许还应遵循两阶段招标程序的的模式）。

92. 另外，工作组似宜或者在《贸易法委员会采购示范法》中列入关于拍卖阶段行为的规定，或者在《立法指南》中提供指导，说明将按照《示范法》颁布的管制措施的内容。在审议这一问题时，工作组还似宜考虑到法律是否应如上文第 13 段在讨论电子公告时所说明的，保持“技术上的中立”。

三. 建议

93. 在提交工作组第六届会议关于电子采购的有关问题的本第一份说明中，描述了到目前为止确认的此类主要问题。建议工作组确定它希望在这方面处理的问题，并就应当在条款草案中体现的政策目标给予指导，以便请秘书处着手制定，供工作组今后审议。
