



联合国国际贸易法委员会
第一工作组（采购）
第十六届会议
2009年5月26日至29日，纽约

**《贸易法委员会货物、工程和服务采购示范法》可加以修订之处——
1994年《示范法》某些条文的起草经过以及其中一些条文所提出的问
题在有关公共采购的国际文书中的处理**

秘书处的说明

目录

	段次	页次
一. 导言	1-4	2
二. 秘书处的研究结果：1994年《示范法》某些条文的起草经过和其中一些条文 所提出的问题的在有关公共采购的国际文书中的处理	5-67	2
A. 关于投标是否符合要求的条文（1994年《示范法》第34(2)(a)条和拟议 的修订后《示范法》第32(2)(a)条草案）	5-16	2
B. 关于中选投标书的规定（1994年《示范法》第34(4)(b)条和第42(2)(b)条 以及拟议修订《示范法》第32(4)(b)、35(8)(b)和47(1)条草案）	17-38	4
C. 关于赔偿损失的条文（1994年《示范法》第54(3)(f)条和拟议的修订后 《示范法》第58(5)(f)条草案）	39-54	8
D. 关于其他救济的条文（1994年《示范法》第54(3)(a)条和拟议的修订后 《示范法》第58(5)(a)条草案）	55-58	11
E. 披露规定的例外情形（1994年《示范法》第11(3)(a)和55(3)条及拟议修 订《示范法》第19(2)(b)、22(4)(a)和59(3)-(5)条草案）	59-67	12



一. 导言

1. 第一工作组（采购）目前在修订《贸易法委员会货物、工程和服务采购示范法》（《示范法》）（A/49/17 和 Corr.1，附件一）方面的工作背景载于 A/CN.9/WG.I/WP.67 号文件第 8 至 89 段，该文件已提交工作组第十六届会议。工作组的主要任务是更新和修订《示范法》，将公共采购的最新发展情况考虑在内。
2. 工作组第十五届会议完成了对秘书处说明（A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.1-4）所载的拟议修订《示范法》的一读。工作组指出，尽管仍有一些悬而未决的问题，包括整个第四章，但概念框架已经获得一致同意。工作组还指出，对于某些条文有必要作进一步研究，特别是为了确保这些条文与有关的国际文书相一致。工作组请秘书处修改 A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.1-4 号文件所载的起草材料，体现工作组第十五届会议的审议情况，以供进一步审议（A/CN.9/668，第 11 和 12 段）。
3. 工作组第十五届会议请秘书处研究 1994 年《示范法》某些条文的起草经过以及相关的国际文书如何处理其中某些条文所提出的问题，本说明是根据上述请求提交的。这些条文已纳入提交工作组第十五届会议的《示范法》修订草案，但代表和观察员们就这些条文提出了一些问题和修订建议。工作组将审议这些建议的时间推迟到对秘书处的研究结果进行审议之后。本说明陈述了秘书处的研究结果（体现工作组第十五届会议审议情况的《示范法》修订草案载于另一说明（A/CN.9/WG.I/WP.69 及增编））。
4. 按照工作组第十五届会议达成的一致意见（A/CN.9/668，第 280 段），工作组第十六届会议文件各语文版本备妥时将挂上贸易法委员会网站。

二. 秘书处的研究结果：1994 年《示范法》某些条文的起草经过和其中一些条文所提出的有关公共采购的国际文书中的处理

A. 关于投标是否符合要求的条文（1994 年《示范法》第 34(2)(a)条和拟议的修订后《示范法》第 32(2)(a)条草案）

5. 工作组第十五届会议听取了下述建议：在确定符合要求的投标书方面，提及“招标文件规定的所有要求”很宽泛，应当缩小范围，仅提及“相关要求”。工作组商定推迟到稍后阶段再审议这一建议。请秘书处：将该建议列在方括号中；研究这些条文的起草经过，以及适用的国际文书对类似问题的处理方式；在审议这些条文时报告其研究结果（A/CN.9/668，第 180(a)和 181 段）。
6. 秘书处研究了这些条文的起草经过，还研究了适用的国际文书的相关条文。研究结果见下文。

条文的起草经过

7. 秘书处在《示范法》初稿中建议将符合要求的投标书定义为“符合采购文

件中列明的拟采购货物或工程的必要特点、合同条件和其他要求”的投标书（A/CN.9/WG.V/WP.24，第 28(4)(a)条草案）。在秘书处的二稿中，提及了投标书须符合“招标文件中列明的各项要求，包括拟采购货物、工程[或服务]的特征和采购合同的条款和条件。”这两稿的条文还提及了允许稍微偏离招标合同所列各项要求。

8. 国际经济新秩序工作组在 1990 和 1991 年举行的第十一和十二届会议上审议了这两份草案，同意一项总原则，即如果投标书不符合采购文件所列明的要求的所有方面，则必须否决该项投标，但仅稍稍偏离要求的除外（A/CN.9/331 第 156 段和 A/CN.9/343 第 49 段）。该工作组商定了“一项总的规则，其大意是如投标内容仅含有不符采购文件所列明的要求的细小偏离，则采购实体可认为投标符合要求，而‘投标符合要求’一语应在关于定义的条文（[当时的]第 2 条）内加以界定。根据这种办法，采购实体可灵活地确定在某一采购程序中某项偏离是否属于细小。”（A/CN.9/331，第 156 段）。

9. 按照第十二届会议达成的一致意见（A/CN.9/343，第 49-52 段）重新拟订了这些条文：提及了招标文件列明的“所有”要求，删去了条文（转载于上文第 7 段）结尾“包括”后面多余的语句。在该届会议上，有建议说，这些条文应提及“强制性”要求，以便将征求投标文件中投标必须符合的规格或规定同投标不必符合的规格或规定（例如，投标书是否可以改进）加以区别，工作组未采纳这一建议。与会者一致认为，“要求”一词本身便意味着这种符合是强制性的（A/CN.9/343，第 50 段）。

10. 工作组第十四届会议重申了下述概念：符合招标文件提出的所有要求的投标书才是符合要求的投标书（A/CN.9/359，第 155 段）。

11. 在随后的届会中，工作组收到了相关条文经过进一步修订后的措词。这些条文特别反映了工作组的下述决定：“符合要求的投标书”的定义不列入《示范法》第 2 条，但其实质内容将列入关于投标书的评审和比较的条款（A/CN.9/WG.V/WP.36，第 28（1 之二）(a)条草案）。修订条文与 1994 年《示范法》第 34(2)(a)条基本相同，实质上是程序性的规定，因为其中指明了哪些投标书可被视为符合要求的投标书，而未对符合性本身下定义。有建议将这些条文中的“可”字改为“应”字，并删去“只有”两字，但未获赞同（A/CN.9/371，第 145 和 252 段，及附件第 29(2)(a)段）。

12. 1994 年分发《示范法》草案以征求工作组和委员会意见并由其通过《示范法》案文时，没有对这些条文提出相关的修改意见（A/CN.9/392 第 106 段，及 A/49/17 第 44 段）。

13. 从起草经过中看不出起草者同时审议了第 34(2)(a)条和第 34(3)条的规定。第 34(3)条列明了否决投标书的理由，其中将供应商或承包商不合格和投标书不符合要求列为两个理由。虽然招标文件会列明这两种要求——要求供应商或承包商具备何种资格以及投标书须符合何种要求——但措词未清楚表明起草者的意图是在确定投标书是否符合要求时考虑到这两个方面还是仅考虑后者（即不考虑对供应商资格的要求）。1994 年案文的起草者不认为具体指明在确定投标书是否符合要求时要考虑哪些要求有何益处，而倾向于保留《示范法》中总体

提及招标文件所有要求的内容（见上文第 7-9 段）。

适用的国际文书中的相关条文

14. 在这方面，1994 年生效的世贸组织《政府采购协议》要求，投标书在开标时必须符合“通知或招标文件的基本要求且由符合参加条件的投标商提交”，才能考虑向其授标（第八(4)(a)条）。世贸组织《政府采购协议》修订版¹的临时商定案文的相应规定基本不变：“投标书必须为书面形式，在开标时必须符合通知和招标文件的基本要求，且由满足参加条件的供应商提交，才能考虑向其授标”（标出黑体以示强调）（第十五(4)条）。（世贸组织《政府采购协议》和世贸组织《政府采购协议》修订版以下统称为“世贸组织文书”。）

15. 欧盟 2004 年 3 月 31 日第 2004/18/EC 号采购指令（欧盟指令）的相应规定似乎是在第 41(2)条第二段，其中提及了向落选投标商说明否决其投标书的各种理由。这些规定提及的理由有：技术规格、订约当局认定的原因不对应，或认定工程、供应或服务不符合性能要求或功能要求的原因。

供工作组审议的选择办法

16. 工作组似宜在《示范法》或《指南》中澄清，在确定符合要求的投标书方面，提及“招标文件规定的所有要求”的内容应当被视为提及与这一确定程序有关的要求，而非招标文件列明的所有要求。例如，招标文件可能载有对供应商或承包商资格的要求，或者是对提交投标书的方式和最后期限的要求。《示范法》另外一些条文述及了未遵守后面这些要求的结果，例如，1994 年《示范法》第 30(6)条述及了迟交问题。

B. 关于中选投标书的规定（1994 年《示范法》第 34(4)(b)条和第 42(2)(b)条以及拟议修订《示范法》第 32(4)(b)、35(8)(b)和 47(1)条草案）

17. 工作组第十五届会议听取了下述建议：应当重新考虑在修订《示范法》中使用“估价最低的投标书”这一术语的问题。特别是建议使用“估价最优的投标书”这一术语。据解释，在实践中，所接受的是评审结果得分最高或最优而不是最低的提交书。据指出，条文目前的措词可能会造成不必要的混乱。工作组注意到，1994 年案文使用了“估价最低的投标书”这一术语（A/CN.9/668，第 180(c)和 220 段）。在这方面，工作组还注意到，1994 年《示范法》在第 42 条“不通过谈判的评选程序”（在拟议修订《示范法》中列为第 35 条草案，题为“双信封投标”）中未使用“估价最低的投标书”这一术语，而是称中选建议书为按该条第(1)款所述的价格以外的标准以及价格，评比取得最佳综合评价的建议书（A/CN.9/668，第 200 段）。

18. 与这些条文有关的另一条建议是，修订《示范法》的相关部分应当明确说

¹ GPA/W/297 号文件，2006 年 12 月，时至本报告之日可在 http://www.wto.org/english/tratop_e/gp_gpa_e.htm 查阅。

明，如果价格是唯一的授标标准，合同将授予价格最低的提交书，如果除价格外还有其他授标标准，则合同应授予估价最低/最优的提交书（A/CN.9/668，第180(d)段）。

19. 工作组商定推迟到稍后阶段审议上述所有建议。请秘书处：将建议列入方括号；研究这些条文的起草经过，以及适用的国际文书对类似问题的处理方式，并在审议这些条文时报告其研究结果（A/CN.9/668，第180-181段）。

20. 秘书处研究了这些条文的起草经过，还研究了世贸组织文书和欧盟指令中的有关条文。研究结果如下。

1. 术语的使用

条文的起草经过

21. 在《示范法》初稿中，秘书处使用了“最有利的投标”这一术语，并将其定义为价格最低或经济上最有利的投标（A/CN.9/WG.V/WP.24，第28(7)(c)条草案）。

22. 国际经济新秩序工作组第十一届会议审议初稿时，有与会者对使用“最有利的投标”这一术语表示关切。虽然已经确定了该术语的定义，但据认为该术语极有可能被误解为暗示采购实体在评审投标时享有的酌处权远远超过意图为其规定的限度。因此与会者商定将这一术语改为较不易误解的术语（A/CN.9/331，第166段）。

23. 在第二稿中，秘书处使用了“最经济的投标”这一术语，并将其定义为投标价格最低的投标或估值最低的投标（A/CN.9/WG.V/WP.28，第28(7)(c)条）。在工作组审议该草案时，有与会者对新提出的术语“最经济的投标”和“估值最低的投标”都表示疑虑。起草者认为这些术语都没有充分考虑到采购实体使用非价格标准甄选中选投标书的情况。与会者对于初稿中的术语（见上文第21段）也表示了同样的疑虑。

24. 关于“最经济的投标”这一术语，与会者普遍认为应当使用较为中性的词语，如“中选投标”（A/CN.9/356，第22段）。与会者商定，在尚未确定更为适当的表达方式之前，暂时用这一术语（A/CN.9/356，第27段）。不过，记录表明，在工作组以后的届会上，以及委员会通过1994年案文时，并没有讨论过另外的词汇，也未对“中选投标”表示过任何关切。对于有关情形，1994年《示范法》通篇使用“中选投标”这一术语。

25. 关于“估价最低的投标”这一术语，尽管工作组第十三届会议第一次讨论该术语时表示了一些疑虑（见上文第23段），但委员会该届会议所审议的表述方式仍继续使用这一术语（A/CN.9/356，第26和31段）。

26. 在第三稿中，秘书处建议工作组审议将“估值最低的投标”改为“优胜的投标”（A/CN.9/WG.V/WP.33，第28(7)(c)和(d)条，脚注13）。工作组中有人表示赞同使用这一备选术语，理由是“估价最低的投标”可能意味着价格是决定性的要素，而且该术语似乎既含糊又矛盾。不过，绝大多数意见认为，“优胜的投标”这一术语主观性过强，而“估价最低的投标”虽然有其缺点，

但客观性较强，所以较为可取（A/CN.9/359，第 156 段）。

27. 工作组后来的届会以及委员会通过 1994 年案文时均未对使用“估价最低的投标”这一术语提出疑虑。1994 年《示范法》使用了这一术语（第 34(4)(b)(二)和(c)条）。

适用的国际文书中的相关条文

28. 世贸组织文书分别规定，合同授予下列供应商：

(a) 其投标是价格最低的投标或按照通知或招标文件规定的具体评审标准被确定为最为有利的投标（世贸组织《政府采购协议》第八(4)(b)条）；

(b) 其提交的是最有利的投标，或者，如果价格是唯一的标准，其提交的是最低的价格（世贸组织《政府采购协议》修订版第十五(5)(a)条）。

29. 在这方面，欧盟指令使用了最经济有利的投标这一术语（第 53-54 条）（但在某些地方也使用了“最佳投标”这一术语（第 32(4)(d)和 33(6)条））。

供工作组审议的选择办法

30. 在审议术语“估价最低的投标书”的使用问题以及在工作组第十五届会议上提出的替代这一术语的其他可选术语如“估价最佳的投标书/提交书”（见上文第 17 段）时，工作组似宜审议在起草 1994 年案文时对相关情况下使用的各种术语所进行的广泛审议，并审议当时对使用这类术语所提出的优点和令人关切之处。工作组还似宜审议，所作的改动对已颁布 1994 年《示范法》及其术语表的国家会有何影响。

31. 起草者承认，“估价最低的投标书”这一术语有其缺陷，在实务中，特别是在关于电子逆向拍卖的新规定方面，可能会造成混淆（在电子逆向拍卖中，如有非价格因素，则得分最高者赢得合同）。工作组还似宜考虑到，起草者担心其他备选术语可能会给确定中选投标书的过程注入过度的主观成分。

32. 在起草 1994 年案文时，起草者没有考虑“估价最佳的投标书/提交书”这一术语，但这一术语也有主观性的问题，特别是，这一术语与谈判采购方法通常使用的“最佳最后报价”这一术语十分相近。

33. 工作组似宜考虑，鉴于有关的采购方法的具体情况，在《示范法》的其他条文中偏离适用的投标术语可能是合理的。例如，在关于双信封招标的条文中（见上文第 17 段），若使用“估价最低的投标”这一术语，可能会造成误导，因为其前提是同时评估价格标准和非价格标准。这样，在这些条文中提及价格以外其他标准和价格的最佳综合评定结果²或许是合理的，因为这较为准确地反

² 应当指出，最初的草案提及的是“综合评定最高”。后来商定将其改为“综合评定最佳”，因为如果与最低价格这一概念放在一起可能会造成混淆。工作组还考虑到，技术因素不一定以金额表示或量化，也许可使用优点计分办法来评定建议书的优劣，而不以价格反映某一建议书的相对技术优点（A/CN.9/389，第 73 段）。

映了这一采购方法的评审过程。在谈判采购方法中使用“最佳和最后报价”这一术语的理由也与此相同。

2. 在定义中选投标书时具体说明授标标准

条文的起草经过

34. 《示范法》初稿所附的评注解释说，“最有利的投标书”若是仅以投标书价格为基础确定的，便是价格最低的投标书。如果“最有利的投标书”是经济上最有利的投标书，则除投标书价格之外还将考虑到其他标准（A/CN.9/WG.V/WP.25，第 28 条草案的评注第 16-17 段）。这些意见后来反映在 1994 年《示范法》所附的《指南》评注中。

35. 1993 年，委员会审议国际经济新秩序工作组核准的《示范法》草案时，有与会者建议将关于以最低价格投标为基础确定中选投标的条文修改如下：“中选投标应为：(一)提交该投标者确有充分能力执行合同而且其标书的价格为最低的投标价。”据解释，这一修正的目的是使采购实体可在考虑价格之外，还考虑到各投标人履行合同的能力。所提议的这一改动没有得到很多的支持。与会者一致认为，一旦确定某一供应商或承包商为合格者并接受其投标，则各供应商或承包商之间在履行合同的能力上的细小差异不应作为评审投标的一个因素。否则会在投标书的评审中注入不必要的主观成分，为不正当的做法打开大门。为防止投标过程中的这一风险，资格的审定应是“行或不行”的一项决定，它不是用以比较投标书的一条标准（A/48/17，第 172 段）。

适用的国际文书中的相关条文

36. 世贸组织《政府采购协议》在这方面未作规定。世贸组织《政府采购协议》修订版的有关条文规定，合同应授予提交了最有利的投标书的供应商，如果价格是唯一的标准，则授予价格最低者（世贸组织《政府采购协议》修订版第十五(5)(a)条）。

37. 欧盟指令的相关条文规定，订约当局授予公共合同所依据的标准应当是：(a) 若合同授予订约当局认为经济上最有利的投标，则为相关公共合同标的物所涉各种标准，例如，质量、价格、技术优点、审美特征和功能特征、环境特征、运作成本、成本效率、售后服务和技术协助、交付日期和交付期限或完成期限，或者(b)仅为最低价格（第 53(l)条）。

供工作组审议的选择办法

38. 在工作组第十五届会议上提出的在案文中添加的内容（见上文第 18 段）似乎并不违反起草者的意图，而且可使修订《示范法》与适用的国际文书的相关部分相一致。应当指出，拟议的修订之处还符合关于电子逆向拍卖的条文所采用的措词办法（拟议修订《示范法》第 41(2)条）。因此工作组似宜考虑将拟议的改动纳入修订后的《示范法》，并似宜在拟议的修订后《示范法》第 12 条中

提及这些术语。工作组还似宜在所附的《指南》中对这一问题作进一步说明。

C. 关于赔偿损失的条文（1994 年《示范法》第 54(3)(f)条和拟议的修订后《示范法》第 58(5)(f)条草案）

39. 工作组第十五届会议审议了 1994 年《示范法》中关于赔偿费用或损失赔偿的条文。工作组商定：

(a) 仅保留有关条文草案第 5(f)款（拟议的修订后《示范法》第 58 条）中的任择案文一，其中的措词应当与国际文书的有关条文一致，如世贸组织《政府采购协议》第二十(7)(c)条和世贸组织《政府采购协议》修订版第十八(7)(b)条；

(b) 将第 5(f)款的任择案文二挪到《指南》中，并解释删去该案文的原因，特别是解释，实践证明，允许赔偿预期损失对采购过程有很大的破坏性，因为这增强了投诉的动力。另据建议，《指南》应当解释关于该事项的条例的演变过程，并突出介绍世贸组织《政府采购协议》和世贸组织《政府采购协议》修订版的相关条文。

40. 秘书处研究了相关条文的起草经过和世贸组织文书的相关条文。研究结果如下。

条文的起草经过

41. 国际经济新秩序工作组第十届会议讨论了对何种类型的损失应当予以赔偿的问题。会上有意见认为，赔偿应当仅限于投标商拟订和提交投标书的费用；投标商不应有权就其失去的利润提出赔偿，因为这将会使采购实体面临巨额的索赔要求。工作组在该届会议上未就这一问题作出任何决定（A/CN.9/315，第 120 段）。

42. 在关于行政审查的条文的初稿中，秘书处关于赔偿的有关措词如下：“[写入行政机构名称]可[批准]采取下述一项或多项补救办法，除非其不受理该项投诉：...(g)要求对由于采购实体的某项非法行动或决定或由于其采用的程序[而使投诉人就采购做法提出投诉引起的任何合理费用][而使投诉人遭受的损失]支付赔偿”（A/CN.9/WG.V/WP.27，第 38(2)(g)条草案）。在所附的评注中指出，由于工作组未就该事项作出决定，因此在方括号中列出了两种可用的备选措词：按照第一种措词，所设想的费用不包括投诉人由于投标或报价未获接受而未能从采购合同中获得的利润；第二种措词在适当情形下可能包括失去的利润（A/CN.9/WG.V/WP.27，第 38 条草案的评注第 7 段，及第 37 条草案评注第 3 段）。

43. 在工作组第十三届会议上，没有就何种类型的损失应当予以赔偿作出决定。在一个有关问题上，工作组一致认为，一个人必须涉及何种利益或损害才能有权要求审查，这一概念应与因采购实体违反《示范法》条文所规定义务而受到的实际或可能的损失或损害相联系（A/CN.9/356，第 156 段）。

44. 由于工作组第十三届会议没有作出有关规定，在工作组下一届会议上提交了相同的措词供其审议。在第十四届会议上，与会者对这两种可用的备选案文发表了不同的意见。以下是摘自该届会议报告（A/CN.9/359）的有关内容：

“230.一种意见认为，仅将补偿限定为投标书或建议书编拟费用将导致赔偿不足。与此同时，也承认考虑到赔偿费将来自公款，让采购实体再为其他损失，特别是为利润损失负赔偿责任，则有些过分。不过，多数人认为，《示范法》除了与采购程序有关的费用外，不必再建议采用一个赔偿标准。特别是有人提出这样一个关注：《示范法》不应增加发展中国家采购实体的负担。与此同时，工作组商定，《示范法》不应排除赔偿与采购程序有关费用外的费用的可能性。

231. 会议审议了对赔偿与程序有关费用外的费用保留其可能性的几个建议。一个建议是指明行政机构可要求‘至少’为采购程序有关的费用支付赔偿。另一个建议是不必增添任何此类文字就可使额外赔偿可能性存在，因为投诉人可以从法院获得额外赔偿。工作组最后决定，最好列出现在(g)项中体现的两种赔偿做法供颁布国选择，而在评注中讨论在这方面拟由立法机构作出的选择。”

45. 工作组以后的届会没有再次讨论该届会议所作的决定，委员会通过《示范法》案文时也未对此提出问题。1994 年案文纳入了两种任择赔偿条文，并附有现有的《指南》评注（见《指南》第 54 条评注第 10 段）。

适用的国际文书中的相关条文

46. 以下是摘自世贸组织文书的有关内容：

“7. 质疑程序应当规定：.....(c).....对所遭受的损失或损害的纠正行动或赔偿，可限于编拟投标书的费用或提出异议的费用。”（世贸组织《政府采购协议》第二十条）

“7. 各缔约方应当采用或保持有如下规定的程序：.....(b).....对所遭受的损失或损害的纠正行动或赔偿，可限于编拟投标书的费用或与提出质疑有关的费用，或两者皆包括。”（世贸组织《政府采购协议》第十八条）

47. 评注者在述及上述选节的含义时说，可将其解释为，金钱补救仅限于编拟投标书的费用或提出投诉的费用，也可解释为各国可选择规定赔偿这类费用之外的损失。工作组可指出，在限定金钱赔偿方面使用助动词“可”而不使用较为强制性的词（如“应”或“应当”），是上述一些解释的依据（尽管世贸组织《政府采购协议》修订版第十八条结尾添加了“或两者皆包括”字样）。评注者还说，这些条文的目的是使各国能够按照本国法律制度的传统和惯例颁布这些条文。

48. 欧洲议会和理事会 2007 年 12 月 11 日第 2007/66/EC 号指令（“《救济指令》”）在提高公共合同授予审查程序的有效性方面对理事会第 89/665/EEC 和 92/13/EEC 号指令作了修正，要求成员国规定临时措施，取消违法决定并对这类决定所伤害的人给予损害赔偿（第 2(1)条）。其中没有规定给予损害赔偿的法

律依据，也没有规定计算损害赔偿金额的标准。给予损害赔偿的问题由各国司法机关自行决定。

49. 由于《救济指令》尚未在欧洲联盟所有成员国执行，工作组似宜审议欧洲联盟内部现行的国内制度所规定的补偿办法。大多数制度是规定一个有效的救济制度，从较为广泛的角度解决给予损害赔偿的问题。³例如，一些评注者说，若在法律文本中规定实际上无法实行的救济措施（如规定投诉人须确凿证明自己原本会赢得有关的采购合同，才能给予损害赔偿），可能会使制度失效。

50. 经济合作与发展组织（经合组织）公共治理委员会发起的治理与管理改善支持方案对欧洲联盟成员国的审查及救济制度的研究结果是：“普遍承认用于质疑采购决定的有效的追索制度应当提供及时的诉讼机会、有独立审查、能够高效而及时地解决投诉并提供充分的救济。但各国做法迥异。”⁴

51. 经合组织和欧洲联盟进行的一项联合调查表明，⁵欧洲联盟成员国的补救措施侧重于纠正行动（有时称为临时补救）和金钱补偿，包括编拟投标书的费用、质疑程序的费用和其他损害赔偿。在一些制度中，给予损害赔偿的可能性被视为有效的追索制度不可分割的一部分，在大多数制度中，主要的救济措施是纠正行动。在纠正行动不可能或不可行的情形下，可能会提供损害赔偿，或更广泛的赔偿（其中可能不仅包括利润损失，还包括赢得有关合同的机会损失，以及（在较为少见的情况下）名誉损失）。在可给予损害赔偿的审查机构方面，做法也各不相同。

52. 更具体地说，如果存在主张损害赔偿的法律依据，所有成员国都赔偿投标费用，而在丹麦、芬兰、德国、匈牙利、拉脱维亚、立陶宛、荷兰、葡萄牙和英国等欧洲联盟成员国，可赔偿利润损失。在法国，如果索偿人有很大的机会赢得合同，会赔偿利润损失。在大多数情况下，普通法院或行政法院有权对损害赔偿进行裁决；而在丹麦，专门的公共采购审查机构也有这种权力。据欧洲联盟采购条例评注者称，在欧洲联盟的一些成员国，在执行公共采购条例方面，损害赔偿诉讼胜诉的案例越来越多，其中包括利润损失诉讼。⁶

53. 经合组织所调查的制度中的规定大致都符合世贸组织文书中总体强调的以

³ 要求救济制度必须有效也是世贸组织文书中各项条文（世贸组织《政府采购协议》第二十条第 2 款和世贸组织《政府采购协议》修订版第十八条）、《联合国反腐败公约》（第 9(1)(d) 条）和亚太经合组织《不具约束力的政府采购原则》（附件 3，4.1）的支柱。这些文书还提出，救济制度必须无歧视、透明、及时而有效。

⁴ E. Beth, “Integrity in Public Procurement: Good Practice from A to Z”, 经合组织，2007 年。可在 SSRN: <http://ssrn.com/abstract=987026> 和经合组织网站上查阅。

⁵ 治理与管理改善支持方案文件第 30 号 “Public Procurement Review Procedures”，可在 <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/NISPAcee/UNPAN006807.pdf> 查阅。

⁶ 例如，见 Public Procurement Law Review, 2006 年，第 15 卷，第 159-240 页；另见 S. Treumer 所著 “Damages for Breach of the EC Public Procurement Rules from a Danish Perspective”, European Business Organization Law Review, 2004 年，及 H. Leffler 所著 “Damages Liability for Breach of EC Procurement Law: Governing Principles and Practical Solutions”, Public Procurement Law Review, 2003 年，第 4 卷，p. 151 at p. 161。

纠正行动为主，但与世贸组织文书的规定相比似乎更有利于以损害赔偿为补救手段。各国制度和欧洲法院的判例法发展情况⁷以及《救济指令》尚未得到广泛执行这一事实，表明这是一个发展中的法律领域。⁸

供工作组审议的选择办法

54. 鉴于条文的起草经过、适用的国际文书中的措词，以及对这些文书的解释不够统一，工作组似宜审议如何最好地执行上文第 39 段所述的各项决定。一种选择办法是在《示范法》案文中使用一个规定性词语，禁止对利润损失等损害进行赔偿，另一种选择办法是保留世贸组织文书中可能较为灵活的办法。工作组似宜在《指南》修订版中就这一主题提供其认为适当的补充指导，述及以下事项：确保有效的救济制度、各类补救措施之间的平衡、因取消已订立的合同而引起的特殊问题，以及可能适用于行政救济而非司法救济的不同考虑因素（其中包括，如果行政系统将决策权特别是给予损害赔偿的权力，集中于一个小机构或少数个人的手中，可能会有滥用之虞）。

D. 关于其他救济的条文（1994 年《示范法》第 54(3)(a)条和拟议的修订后《示范法》第 58(5)(a)条草案）

55. 工作组第十五届会议听取了下述建议：第 60 条草案第(5)(a)款（拟议的修订后《示范法》第 58 条草案）应当放在该款的前导段。该款将独立行政机构宣布管辖投诉事由的法律规则或原则列为独立行政机构可提供的救济措施之一。据解释，所列的措施不能被视为一种救济，而应当被视为审查程序中的一个自然步骤。工作组请秘书处研究条文的起草经过，并决定将审议该建议的时间推迟到审议秘书处研究结果之后（A/CN.9/668，第 264 段）。

56. 有关措词及其在条款中的位置见秘书处关于行政审查的条文初稿，在 1994 年案文的谈判期间始终未作改动。没有就其内容或位置提出任何疑虑。在国际经济新秩序工作组第十届会议上所作的一般性评论意见认为，有关条款所列的投标人可以享有的救济办法应取决于其索赔要求的性质（A/CN.9/315，第 121 段）。

57. 这样，可能出现的情况是，受侵害的供应商或承包商向一独立行政机构提交索赔要求，投诉采购实体对其投诉事由适用了不正确的法律规则或原则（例如，按照 1994 年《示范法》第 53 条向行政机构投诉采购实体所作的决定）。在这种情形下，行政机构将给予 1994 年案文第 54(3)(a)条所列的救济。

⁷ 《救济指令》之前欧洲某些案件的概要见 <http://www.sigmaweb.org/dataoecd/44/45/40443900.ppt>，关于触犯欧洲联盟法律的情况，见 http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/droit_com/index_en.htm。

⁸ 美国联邦审查（由美国政府问责局进行）的概要情况见“Bid Protests at GAO: a Descriptive Guide,” 8th ed., 2006 (GAO-06-797SP)，其中规定“预期损害”（宽泛地称为“利润损失”）不予赔偿，可在 <http://www.gao.gov/decisions/bidpro/bid/d06797sp.pdf> 查阅，已发表的案例报告见 <http://www.gao.gov/legal/bidprotest.html> 的资料。

58. 鉴于上述解释，工作组似宜审议，1994 年案文中的措词及其位置保持不变是否有益。

E. 披露规定的例外情形（1994 年《示范法》第 11(3)(a)和 55(3)条及拟议修订《示范法》第 19(2)(b)、22(4)(a)和 59(3)-(5)条草案）

59. 工作组第十五届会议听取了下述建议：第 19 条草案第 2(b)款中有关披露条款的例外情形措词过于笼统，可能有碍透明，应当重新起草，仅提及机密资料。工作组商定在以后届会上审议是否对措词进行修订（A/CN.9/668，第 131 段）。

60. 在这次会议上，有与会者指出，第 19 条草案第 2(b)款中披露规定的例外情形与拟议的修订后《示范法》第 22(4)(a)条草案（关于采购程序记录的条款；1994 年《示范法》第 11(3)(a)条）密切相关，有关措词摘自后者（A/CN.9/668，第 130 段）。还应指出，1994 年《示范法》第 34(8)条（拟议的修订后《示范法》第 31(8)条草案）也阐述了披露规定的例外情况，其内容如下：

“(8) 有关投标书的审查、澄清、评审和比较详情不得披露给供应商或承包商，或披露给未正式参与审查、评审或比较投标书或未参与决定何项投标应予接受的任何其他人，但第 11 条规定者除外。”

61. 秘书处研究了 1994 年《示范法》第 11(3)(a)和 34(8)条的起草经过，并研究了适用的国际文书中的相关条文。研究结果如下。

条文的起草经过

62. 秘书处关于采购程序记录的条文初稿规定“不能违反[该国]有关保密的任何法律泄露资料”（A/CN.9/WG.V/WP.24，第 33(2)条草案）。该草案提交国际经济新秩序工作组后，工作组一致认为应当扩大保密范围，规定“如果任何资料的披露会违反法律，妨碍执法，不符合公共利益，有损当事人正当的商业利益，或者阻碍公平竞争，则不得披露此种资料。”有与会者对这一措词表示反对，理由是，颁布国可能会颁布法律，规定采购程序的哪些方面应予保密，从而严格限定披露的范围（A/CN.9/331，第 210 段）。但在后来的届会上，与会者商定保留对披露所加的所有限制，但应在《示范法》中规定，在这些情形下，可在有管辖权的法院的命令下进行披露，并遵守该命令的条件（A/CN.9/356，第 80 段）。

63. 后来成为 1994 年《示范法》第 34(8)条的秘书处初稿基本上与目前的案文相同（A/CN.9/WG.V/WP.24，第 28(9)条草案）。国际经济新秩序工作组审查该草案时普遍认为，除关于采购程序记录的条款的规定外，有关投标的审查、评价和比较的资料不应披露。在这方面明确提及有可能获得主管法院关于披露有关信息的命令（A/CN.9/331 第 211 段，及 A/CN.9/356 第 80 段）。这样，工作组最终通过了秘书处初稿中建议的原始措词，在字句上作了一些修改。委员会通过《示范法》案文时并未对措词表示任何疑虑。

适用的国际文书中的相关条文

64. 如工作组第十五届会议所指出的（A/CN.9/668，第 131 段），1994 年《示范法》所用的并且在拟议的修订后《示范法》草案中沿用的有关措词，与世贸组织文书和欧盟指令中相同主题的措词相似。下表列有这些文书的相关条文，以便于参照。

世贸组织《政府采购协议》 (1994 年)	世贸组织《政府采购协议》 修订版 (2006 年)	欧盟指令
第十八条 各实体义务方面的信息和审查 4. 但各实体可决定，第 1 和 2(c)款所载的关于合同授予的某些信息披露后会妨碍执法或在其他方面违背公共利益或有损于某些公共或私营企业的合法商业利益，或可能有损于供应商之间的公平竞争，因而不予披露。 第十九条 缔约方义务方面的信息和审查 2. 未中选投标商的政府为本协定缔约方的，可在无损于第二十二条规定的情况下，要求取得关于合同授予情况的其他必要信息以确定采购是公平和公正进行的。为此目的，采购方政府应提供有关信息，说明中选投标的特点和相对优势，以及合同价格。通常后一种信息可由落选投标商政府披露，条件是該政府谨慎行使这一权利。如果披露这一信息会有损于未来招标中的竞争，便不应披露，除非与向落选投标商政府提供信息的一方协商并征得其同意。	第十七条 信息披露 信息不予披露 2. 虽然有本协议的其他任何规定，缔约方，包括其采购实体，均不得向某一特定供应商提供可能有损于供应商之间公平竞争的信息。 3. 如有以下任何情形，本协议内容概不应解释为要求缔约方，包括其采购实体、主管当局和审查机关，按照本协议披露机密信息： (a) 披露会妨碍执法； (b) 披露可能有损于供应商之间的公平竞争； (c) 披露会有损于某些人的合法商业利益，包括知识产权保护；或 (d) 披露会在其他方面违背公共利益。	第 35 条 通知 4. 关于合同授予或框架协议订立情况的某些信息，如果披露后会妨碍执法或在其他方面违背公共利益，损害公私经济经营商的合法商业利益或可能有损于其相互之间的公平竞争，则可不予公布。 第 41 条 向候选人和投标商通报情况 1. 订约当局应当尽早向候选人和投标商通报就订立框架协议、授予合同或准许进入动态采购系统所作的决定，包括已经召集竞争但决定不订立框架协议或授予合同的理由，或者决定重新启动程序或实行动态采购系统的理由；这些信息应当应请求以书面形式提供给订约当局。 1. 但第 1 款所提及的关于授予合同、订立框架协议或准许进入动态采购系统的某些信息，如果披露后会妨碍执法，在其他方面违背公共利益，有损于公共或私营经济经营人的合法商业利益，或可能有损于其彼此之间的公平竞争，订约当局可决定不予公布。

世贸组织《政府采购协议》 (1994 年)	世贸组织《政府采购协议》 修订版 (2006 年)	欧盟指令
		第 69 条 通知 2. 如果披露关于竞争结果的信息会妨碍 执法，违背公共利益，有损于某一公 共或私营企业的合法商业利益，或可 能有损于其彼此之间的公平竞争，则 无需公布此类信息。

供工作组审议的选择办法

65. 工作组可考虑，1994 年《示范法》的起草者已经充分审议了就这些条文提出的疑虑，但仍倾向于使用目前的措词，而且目前的措词与适用的国际文书的有关条文相一致。
66. 此外，工作组还似宜考虑，对披露的限制规定无论采用何种措词，修订后的《示范法》中作此类限制规定的条文都应当统一起来。除了关于采购程序记录、对投标进行审查、评审和比较以及接受中选投标的条文（停滞期规定）之外，拟议的修订后《示范法》的其他条文在阐述披露规定的例外情形时，都沿用了 1994 年《示范法》第 11(3)(a)条的措词（例如，第 59 条草案以 1994 年《示范法》第 55 条为基础，并按照工作组第十五届会议的审议情况（特别是商定添加关于披露规定的例外情形的条文；见 A/CN.9/668，第 267 段）作了进一步修订）。
67. 此外，工作组还似宜确保所有相关条文的内在统一，如 1994 年《示范法》第 34(8)条（拟议的修订后《示范法》第 31(8)条草案）中关于限制披露有关投标书的审查、澄清、评审和比较详情的条文。