



大会

Distr.: Limited
29 October 2009
Chinese
Original: English

联合国国际贸易法委员会
第一工作组（采购）
第十七届会议
2009年12月7日至11日，维也纳

《贸易法委员会货物、工程和服务采购示范法》的可能修订——
《示范法》修订案文

秘书处的说明

一. 导言

1. 第一工作组（采购）第十七届会议收到的 A/CN.9/WG.I/WP.70 号文件第 8 至 90 段介绍了该工作组当前修订《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）工作的背景。工作组的主要任务是结合公共采购的近期动态增补和修订《示范法》。
2. 工作组第十六届会议审议了关于将称为“通过竞争性对话征求建议书”的新采购方法的提案。工作组商定了各项条文所依据的原则和大部分案文，并请秘书处审查这些条文，以便使案文与《示范法》其余部分相一致。工作组还请秘书处修正整个示范法修订本草案，特别是修正第一章关于采购过程记录、保密性、评审标准、授予采购合同公告、招标文件的澄清和修改以及征求意向书和取消采购的条文，供以后阶段审议（A/CN.9/672，第 13 段）。
3. 委员会第四十二届会议审议了工作组第四十六届会议之后编写的示范法修订本草案，注意到示范法修订本草案尚未准备完毕，无法交该届会议通过。关于示范法修订本第一章，注意到已就多数问题达成一致意见，尽管还有一些问题尚未解决。委员会没有足够时间审议示范法修订本草案其他章节。委员会请秘书处编拟处理未决问题的起草建议供工作组审议。委员会还支持闭会期间协商，敦促这种协商具有包容性和与会者尽可能广泛的地域代表性，以协助起草这些材料（A/64/17，第 281 和 283 段）。



4. 为此，秘书处尽可能广泛地征求书面意见，并与各区域专家举行了一系列会议。
5. 本说明系根据委员会和工作组最近届会提出的请求而编写，概要介绍闭会期间非正式协商的结果，并介绍了示范法修订本草案以反映委员会和工作组的审议情况，并在参加协商者达成共识的情况下，介绍了协商的结果，供工作组审议。
6. 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一经备妥已挂上贸易法委员会网站。

二. 闭会期间协商的结果

7. 闭会期间协商侧重于示范法修订本草案中的下列问题或章节：委员会第四十二届会议所收到案文（2009 年 7 月份草案）的第一章（述及一般原则）；使用招标以外的采购方法，包括关于使用谈判或对话的新采购方法的提案（见上文第 2 段）；将社会经济因素用作评审或资格标准和为公共政策原因将采购限于国内供应商；2009 年 7 月份草案的第五至七章（分别述及电子逆向拍卖、框架协议以及审查和救济）。协商还简单审议了原则上将国防采购纳入示范法修订本范围的决定所产生的问题。协商结果已提交工作组审议。

A. 第一章

8. 关于第一章，协商中审议了委员会关于在可能情况下简化和统一《示范法》的任务授权，这项工作可能对已基于 1994 年案文颁布立法的国家产生重大影响。普遍认为旨在更便利使用者和推广最佳做法的结构调整将对案文使用者有很大帮助，但这种结构调整不应超出必要的范围。例如，第一章应述及确实具有普遍性的原则，而仅适用于一种方法的原则通常最好放在述及该方法的条文中。此外，还注意到解决术语问题对于确保修订本得到理解、可以执行并如预期使用非常重要，用表格或类似形式列出对 1994 年案文的改动将为实施该修订本的国家提供重要支持。

9. 在这方面，参加协商者一致认为，2009 年 7 月份草案第 7 条的规定（规范采购方法的选择）在案文中不够突出，1994 年案文用整个第二章处理这一专题，这种安排可能更易于理解。提交工作组本届会议的修订本采纳了这项建议（第二章草案，载于 A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.2）。

10. 还就第 2、6、8、10-12、16、17 和 20-23 条提出了其他建议，这些建议反映了参加协商者的一致意见（主要改动在所附脚注中突出标示）。

B. 第二章

11. 关于使用招标以外的采购方法，一致意见是设计的措辞应当支持工作组商定的工具框办法，即继续采用 1994 年版本的办法，在拟议的第二章要求说明采用招标以外的方法的理由。有与会者告诫避免使建议和程序限制性过强，以便

采购实体在选择采购方法时可以行使适当的酌处权。还一致认为这种选择应与实现《示范法》序言所载的采购制度的目标联系在一起。这些建议已反映在 A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.2 所载拟议的第二章中。与会者强调了确保有充分能力使用各种采购方法的重要性（这个问题在《指南》中讨论）。

12. 还建议虽然将以各种具体采购方法为基础编排《示范法》条文，但《颁布指南》（其评注对于支持工具框办法非常重要）可以以各种常见情况（普通、复杂、简单和低价值采购及普通、急迫或紧急情况）为基础讨论选择问题。

13. 强调了决策过程的透明度，随后建议可在采购公告中记录关于拟使用采购方法的决定。这样措辞还将有助于确保可以在程序的早期就有关决定提出质疑，从而将破坏性后果降到最低程度。这项建议是在协商过程快结束时提出的，因而多数参加协商者没有对它进行审议。因此，这项建议没有反映在提交工作组的案文草案中，但已提交工作组审议。

14. 讨论了《示范法》中采购方法的数目，指出可用的方法之间可能有某种程度的重叠，一些方法可视作备选方法。因此，《指南》应参照使用各种方法的条件，协助颁布国拟订关于适用于采购方法选择的政策考虑的国内立法。《指南》还可协助颁布国拟订使用各种方法的内部指导意见。另一方面，应去除多余的方法。

C. 第四章

15. 协商还表明对使用限制性招标存在许多看法（工作组第十六届会议和委员会第四十二届会议收到了三种备选案文（见 A/CN.9/WG.I/WP.69/Add.3，第 34 条，其中载有限制性招标的两种备选案文和带预选程序的招标）。除认为预选程序在任何采购方法中都不应成为强制性步骤之外，参加协商者还认为公开招标中的预选程序与《示范法》所设想的这种程序的公开性不相符。因此，这种方法应当设计为公开招标的一种替代办法，即限制性招标。修订本第四章草案（载于 A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.4）即采取了这种办法。

16. 与会者对进行限制性招标之前公告的问题进行了长时间讨论，提及 1994 年的使用条件以及公告本身是否有用。¹ 一致认为公告的后果需要予以明确。如果公告没有明确的法律后果，例如因为不能对有关决定切实有效地提出质疑，则公告可能价值很小。一些与会者认为，没有法律后果的公告对于不进行电子采购的采购实体而言过于麻烦；但还有些与会者认为保留公告将有利于对采购进行监督，还便利作为政治挑战的一部分对基于第二个理由使用限制性招标切实有效地提出质疑，能够使采购实体的不良做法在合同授予之前得到审查，并能够为审计建立书面线索。

17. 还有与会者认为，这个问题实际上并非一个公告问题，但使用限制性招标的第二个理由应从案文中去除。

¹ 这些条件是：采购标的因具有高度复杂或专业性而只能从有限数量的供应商或承包商得到；或者审查和评价大量标书所需时间和费用与采购标的的价值不成比例

18. 因此，工作组收到的示范法修订本草案仿效 1994 年的措辞，要求在限制性招标程序开始之前发布公告，这一点有待工作组作出进一步的决定。

19. 还注意到与会者对公告在框架协议第二个竞争性阶段和其他一些采购方法中的价值提出类似的疑问。一些参加协商者认为在程序开始时的公告没有真实法律后果的情况下，授予合同公告可充分发挥监督作用，另一些与会者认为，授予合同后的公告为时太晚。参加协商者一致认为，应当采取一致办法，以便修订本草案规定在所有采购之前发布公告，除非特殊考虑如保护机密信息或采购属紧急采购决定不这样做，这一立场已反映在修订本草案中，但征询报价程序除外。对于后者，没有对这种方法中有关公告的条文达成一致意见。

20. 参加协商者一致认为，2009 年 7 月份草案中关于 A/CN.9/WG.I/WP.69/Add.3 第 35 条所载称作“双信封招标”的方法的建议应予删除。虽然注意到这种方法以 1994 年《示范法》第 42 条为基础（并且保留了该条的实质内容），但认为其他采购方法的条款（如征求建议书）将包含这种方法所设想的分别进行的技术评价和财务评价。这项建议已反映在修订本草案中。

D. 第五章

21. 关于使用谈判或对话的采购，协商的结果是提出了许多起草方面的建议，这些建议反映在 A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.5 所载修订本草案第五章中。特别提请工作组注意本章的介绍性评论，其中强调了悬而未决的问题和以一致方式规范下列事项的问题：(一)所有征求建议书程序（通过对话、顺序谈判和不通过谈判征求建议书）的一些程序问题；(二)在第二阶段招标中以及通过和不通过对话和谈判征求建议书中可修改评审标准和说明（包括规格）的程度；(三)征求建议书程序和限制性招标中的预选程序。关于各种采购方法中可修订评审标准和说明（包括规格）的程度，在这个方面协商产生了大量分歧意见。

22. 另一个存在意见分歧的问题是各种基于对话的方法和采购规划之间的相互关系。一些与会者认为，这些方法不应当用作有效规划包括市场研究和可行性研究的替代办法；另一些与会者认为，与市场的相互关系可能是“多步骤咨询程序”的组成部分，其理由是鼓励供应商参与提供信息，从而便利起草预期采购的概要说明。有与会者指出，这些意见反映了从业人员在使用这种方法时的不同方式，应当在所附《颁布指南》中讨论有关好处和可能的问题。

23. 此外，协商还得出结论认为，《指南》应强调拥有使用这些方法的足够能力是成功运用这些方法的关键所在；应当处理与利益冲突条文的相互关系；颁布国应参考当地情况，认真考虑是否应当颁布修订本草案第四章和第五章规定的方法，特别是考虑到使用这些方法的条件相互重叠；应当说明预选程序的影响，预选程序的后果可能是排除有创新能力但规模较小的供应商。

E. 社会经济政策目标

24. 关于社会经济政策目标与采购的相互关系，认识到这个问题非常敏感，并回顾了委员会关于这个问题的结论（A/64/17，第 45、48、106-166 和 267（b）

段)。建议赋予颁布国 1994 年文本中在适用社会经济因素方面的灵活性(须服从区域和国际上使用这些因素的限制),可能会出现一些单项目标,作为将采购限于国内供应商的理由,作为资格标准,作为响应性因素或作为评审标准。一致认为《示范法》的做法应当是在赋予这种灵活性的同时要求透明,以便程序的潜在参与者可以明白社会经济因素将如何适用;这项建议并不新奇,而只是在落实《示范法》的总体目标(这也是《联合国反腐败公约》所要求的一工作组一致认为《示范法》应与该公约的义务相一致)。所有参加协商者一致同意的这些建议已在修订本第 8-11 和 16 条中得到落实(载于 A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.1 和 Add.2)。

25. 还一致认为,所附《颁布指南》案文应强调使用这些因素对于实现采购的现金价值的影响,并强调要求在条例或其他法律体系中详细阐述这些因素。还应当对使用这些因素的背景加以讨论,如希望避免垄断性行业急剧扩展,以及发展中国家的大规模采购往往有利于来自发达国家的海外供应商,同时还要讨论使用这些因素与实现社会经济目标如发展或能力建设的关系。应就适用这些因素提供进一步的指导,包括将评审标准归类为社会经济标准、使用保留法、本地专家和合资伙伴、分割合同、分包要求等等的后果。

F. 第八章

26. 关于提议的对救济制度的修订,与会者就案文提出了几项建议,这些建议已反映在修订本草案中(第八章,载于 A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.8)。有与会者询问,救济的范围限于不遵守《示范法》的条文,这种范围是否足够,以及没有提供公平竞争机会是否可作为申诉的理由。请求采购实体审查一项决定应与简况介绍程序区分开来;应当更明确地区分最初的 7 天停顿期(在此期间将对申诉进行评估,看应当继续进行有关申诉还是申诉无关紧要)和审理申诉所需的时间。条文应当规定由谁来确定申诉无关紧要,第 66 条草案应当参引第 65 条,以确保采购实体/行政审查机构有关急迫的公众因素要求采购应继续进行的任何声明将对法院没有约束力。因为时间限制,多数参加协商者没有审议这些意见,因此只有最后一条意见反映在工作组收到的案文草案中。其余的意见则作为条文草案的注释提交工作组审议。

27. 《指南》应当解释,第 65 条的规定涉及暂停期而非停顿期,并应当以一项要求作为支持,即采购实体必须迅速答复停顿期内提出的信息要求。《指南》还应讨论行政审查和司法审查制度的好处和可能的问题,特别是考虑到与采购相关要求审查的请求具有急迫性,以及有适当经验的专业人员的重要性。

G. 简况介绍

28. 能够奏效的简况介绍被视为有效救济制度的组成部分,建议工作组考虑是否在《示范法》中列入关于简况介绍的条文。回顾工作组曾讨论过促进有效简况介绍的重要性(在讨论资格预审时,见 A/CN.9/668,第 107 段),但没有编拟关于这个问题的一般立场。

H. 电子逆向拍卖和框架协议

29. 一些协商审议了关于电子逆向拍卖和框架协议的条款。要求尽快提供授权性立法和辅助性指导，特别是为了发展中国家的利益，但还认为有关条文草案太过冗长和复杂。有关建议包括其中一些条文应作为条例重拟，更加注重案文中的原则，应当通过在《指南》中详加论述而使之不那么复杂。

I. 国防采购

30. 关于国防采购，没有充分时间详细讨论这个问题。注意到修订本草案将执行委员会的指示（将国防采购纳入示范法修订本的范畴，同时注意到应当允许采用直接招标和非招标采购方法，应当制定保护机密信息的特殊措施，并将这些措施反映在强制性采购过程记录的内容及其查询中，草案中应当尽可能避免重复（A/64/17，第 265 段））。还有与会者建议，《指南》可以指出《示范法》意在涵盖整个国防采购，并可以承认这一部门的采购经常涉及机密信息，因此《示范法》规定涉及机密信息的采购中公开披露要求的例外情况，这类情况往往但不完全发生在国防部门采购中。还建议在拟按照《示范法》第 4 条颁布的采购条例中更详细地述及这些例外情况，尽管一些专家认为例外情况应始终受到议会的监督，不应当以条例的形式予以准许。

31. 另一项建议是，将来可以为国防采购单设一章，同时考虑到该专题提出的其他问题，如供应安全、国防工业的保持和颁布国的能力以及通过与国防采购专家协商查明的其他问题。审议了提交委员会的一项替代建议，即将非敏感国防采购列入《示范法》普通条款，而将敏感国防采购全部排除在外或列入单独的一章。在编写本说明之前可用的协商时间内没有得出结论。不过，一致认为需要小心谨慎，避免通过将普通采购归类为国防采购而滥用或误用与国防采购有关的任何特殊规定，以从这些特殊规定中得到好处。

J. 其他问题

32. 协商过程中提出的其他问题有：

(a) 在序言中列入一项新的目标，提及“促进可持续发展”，也许同时在《示范法》案文中列入“可持续采购”条款。对此问题存在着分歧，特别是这些目标对于采购制度是否合适；

(b) 在《示范法》案文中列入有关采购规划、行为准则内容和采购职业精神等条文。1994 年文本所附《指南》讨论过这些问题。工作组在修订本草案第 4（2）条中规定，采购条例必须包括行为准则。² 有些与会者认为案文中缺乏这

² 行为准则将按照第 5(1)条的规定强制公布。另见工作组审议利益冲突问题之后就此议题进行的讨论，特别是 A/CN.9/664 第 17 和 116 段，和 A/CN.9/668 第 22 段。

类规定将妨碍有效采购；还有些与会者认为采购法不适合处理这些问题。³ 还有与会者建议，贸易法委员会可以作为将来可能就采购开展的工作审议这些问题。

(c) 考虑是否应当使贸易法委员会私人融资基础设施项目文书即《贸易法委员会私人融资基础设施项目立法指南》⁴ 中的选择程序与《示范法》中的选择程序相一致，尽管再次有与会者提议贸易法委员会可作为将来可能就采购开展的工作审议这些问题；

(d) 借鉴多边开发银行的定义列入腐败的定义（欺诈性、腐败性、串通性和胁迫性做法）。⁵ 一些与会者认为这些定义将有助于处理提交书应被驳回的情况，而另一些与会者认为，腐败及其不同表现形式并没有公认的定义，正如《联合国反腐败公约》没有腐败的定义所反映的那样，《示范法》不应引入这些定义；

(e) 重新审议中选提交书的描述，包括价格最低的投标书、估价最低的投标书、价格最低的建议书、从非价格标准和价格两方面综合评价最佳的建议书、符合采购实体需要的价格最低的报价、最符合采购实体需要的建议书以及最佳和最终报盘。经过委员会第四十二届会议审议，这个问题仍未解决。一个相关的问题是第 2 条中中选提交书的定义，或者作为备选案文提议的“最有利的投标书或其他中选投标书”的定义。⁶

³ 工作组未作为专门议题审议采购职业精神问题，虽然注意到《指南》论述了采购人员培训和相关问题（见《颁布指南》，实施示范法的适当行政结构，第 37 段）。关于采购规划，工作组参照未来采购应当在多大程度上服从示范法修订本草案第 5 条规定的公布要求审议了这些问题（在第七、八、九、十、十二和十五届会议上），并将其立场概括如下：“特别是在采购规划方面，注意到工作组已经简单处理了与采购规划阶段有关的问题之一，即近期采购机会的信息公布问题。有与会者表示支持《指南》鼓励在颁布国发布此类信息，这有利于对采购进行适当管理，促进良好施政，提高透明度。对于在《示范法》中添加采购规划的一般原则以外的内容，有与会者持谨慎态度，认为这样一来该阶段所必需的灵活性就消失了。有与会者提议，无论是《指南》还是为协助各国颁布实施《示范法》而编制的其他工具，都是适合用来具体讨论采购规划和某些应予提倡的良好做法的文件。”（A/CN.9/595，第 83 段）。

⁴ 《贸易法委员会私人融资基础设施项目立法指南》（2000 年）和《私人融资基础设施项目示范立法条文》（2003 年）。

⁵ 例如，见亚洲开发银行关于统一定义的评论意见，载于 <http://www.adb.org/Documents/Policies/Anticorruption/definitions-update.pdf>。

⁶ 这个问题曾在工作组几届会议上审议：见 A/CN.9/668，第 180(c)、181 和 220 段，以及 A/CN.9/WG.I/WP.68 第二.B 节（第 17-38 段）关于 1994 年条文的起草经过的讨论。关于委员会有关这个问题的审议摘要，见 A/64/17，第 169-173 段。与会者对是否在示范法修订本中保留“估价最低的标书”一语存在意见分歧，一些与会者支持保留，另一些与会者担心该用语暗指评审过程结束时排序最低的供应商将是中标者。还有与会者建议使用世贸组织政府采购协议使用的“最有利的投标书”、“最经济的标书”或“估价最佳的标书”。

(f) 专门就咨询服务的采购再列入一种或几种采购方法，或限制仅使用提议的一种或几种采购方法进行这类服务的采购。

据指出，需要一种专门的采购方法是因为咨询服务的采购并不带来可以衡量的实际产出，采购实体在确定中标者时拥有非常广泛的酌处权既是应当的也是不可避免的。因此，定性评审标准比价格更重要（事实上，价格不一定是决定因素），将反映采购实体对其需要如何得到最佳满足的评估，并将反映在有关咨询方面的经验、所提议方法的质量、从事该项工作的工作人员的资格和知识转让等事项。

参加协商者一致认为，专门采购方法的程序要求将仿照第五章第 43 和 44 条（载于 A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.5）或第四章第 41 条（载于 A/CN.9/WP.71/Add.4）通过对话和顺序谈判征求建议书所规定的程序要求。或者，可以规定采取通过同时谈判征求建议书程序（基于 1994 年示范法第 43 条或第 48 条），以便使谈判本身有更大灵活性。

一些与会者认为，上文第四章和第五章的方法已经就这类咨询服务的采购所要求的灵活性作出规定，特别是修订一草案第 43 条，支持者打算用该条取代 1994 年《示范法》第 48 条。还指出这种方法并非专为任何特定类别采购规定的，这类咨询服务的采购的特殊之处可通过条例处理（酌情述及基于质量和基于成本的选择和在预算数额内运作的问题）。还有与会者认为，已基于 1994 年示范法颁布立法的许多国家已经列入一种专门采购方法（借鉴《准则：世界银行借款人对咨询公司的选择和雇用》），《示范法》采用这种方法将有助于统一。

33. 工作组似宜回顾委员会第四十二届会议在决定哪些专家建议应纳入示范法修订本草案时发表的意见。委员会“强调了尽早完成示范法修订本的重要性。强调示范法修订本将对地方和区域一级现行的采购法改革产生重大影响。在电子逆向拍卖、框架协议、整个电子采购、竞争性对话以及国防部门采购等问题上，各国尤其寻求贸易法委员会在采购领域的指导”（A/64/17，第 285 段）。