



大会

Distr.: Limited
21 January 2011
Chinese
Original: English

联合国国际贸易法委员会
第一工作组（采购）
第二十八届会议
2011年3月14日至18日，纽约

《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颁布指南》修订本草案第一部分（总论）以下各节和各小节的建议：二. 《示范法》的主要特点（“质疑和上诉”）。



《贸易法委员会公共采购示范法》所附的《颁布指南》

第一部分. 总论……

二. 《示范法》的主要特点

(续)

G. 质疑和上诉

110. 透明的采购制度的一个重要特点是有各种机制能够监测采购制度各项规则得到遵守并在必要时强制执行这些规则。这类机制包括审计和调查、起诉犯罪行为（一般不在采购法中处理，因此未在《示范法》中作出规定）以及质疑程序，质疑程序赋予供应商和承包商对其所指称的采购实体不遵守相关采购立法所载规则的决定和行动提出质疑的权利。

111. 因此，有效的质疑机制是确保采购系统妥善运作的基本条件，可以增进采购系统的公信力。这种机制有助于使《示范法》本身具有相当程度的监督和强制执行功能，因为供应商和承包商本来就希望监测供应商和承包商在每一项采购程序中遵守《示范法》规定的情况。而质疑机制恰好为供应商和承包商提供了寻求复议的途径。质疑机构的另一个功能是震慑作用：这种机制存在本身就足以阻止明知故犯的违法行为或决定。

112. 只有在供应商提出申请的情况下，才能够对违规情形提出质疑，因此，上文提到的其他监督机制也应当到位，以便处理：(a) 供应商选择不采取行动的违规情形，(b) 系统性问题。供应商不愿采取行动可能有种种理由：合同价值低的，大供应商可能认为不值得为所受损失花费相关费用；小供应商可能认为承受不起质疑所需时间和费用；对于裁量性决定，所有供应商都可能因失败风险较高而不愿提出质疑，并可能担心提出质疑会损害今后与采购实体的关系。如果质疑机制把注意力放在个别案例上，尤其是相对来说较轻的违规案例，就有可能忽视系统性违规情形。

113. 有效质疑机制的一个重要特点是允许及时提出质疑：因此，第 21(2)条中提出要有停顿期规定，目的是确保可在采购合同（或框架协议）生效之前提出质疑；停顿期规定与第八章的规定相结合，构成了《示范法》全面监督和强制执行机制的组成部分。

114. 第八章载有一套旨在确保有效质疑程序的最低限度规定，鼓励各颁布国在本国法律制度允许的范围内纳入该章的所有规定。

1. 涉及质疑机制的国际协定

115. 《反腐败公约》第九条第一款第(四)项要求采购制度纳入有效的国内复议制度，包括有效的上诉制度，以确保在依照《公约》第九条第一款制定的规则或程序未得到遵守时提供法律追诉和救济。委员会努力确保《示范法》落实《公

约》的要求，决定《示范法》应要求颁布国提供有效质疑机制所必需的所有权利和程序（包括一审和上诉）。同样，委员会还努力确保与《政府采购协定》对质疑机制采取的做法相一致。

2. 确保质疑机制在颁布国法律传统范围内运作

116. 《反腐败公约》的要求和《示范法》的要求都有一个认知上的基础，即程序的实施需符合相关颁布国的法律传统。认识到大多数国家具备质疑行政机关和其他公共实体行为的机制和程序（常称作复议职能）。有些国家专为解决这些机关和实体的采购所产生的争议建立了此种机制和程序。还有些国家则借助对行政行为进行复议的一般机制和程序处理这类争议。不过，在强制执行方面，各国的做法的确有相当大的差异：有些国家有专业部门和专门法院常设复议机制；而有些国家则没有关于这类复议的一般立法规定（国际义务要求的除外，有些还须遵守司法复议程序）。有些制度规定对国家机关违反采购法进行行政制裁并可向行政法庭提起程序，另一些制度则采取行政复议（或准司法复议）和普通法院对采购决定进行司法复议相结合的做法，两种复议同时使用或分开使用（并相应对采购实体违反采购法提起专门刑事诉讼）。

117. 《示范法》第八章所载规则和程序意在具有充分灵活性，以便能够进行调整以适应上述任何做法，同时又不损害其效力。质疑程序的某些重要方面涉及每个国家法律制度和国家行政制度的基本理论和结构问题，如受理申请或上诉的机构和可能给予的救济。

118. 有些法律制度规定，对行政机关和其他公共实体的行为的质疑或复议，由可对该机关或实体行使上下级权力和控制的独立行政机构受理。在规定此种复议的法律制度中，哪个或哪些机构可以对特定机关或实体的行为行使此种职能，这一问题基本上取决于国家的行政结构。在另一些国家，质疑或复议职能由专门机构履行，其权限有时称作“准司法”权限。不过，这些国家并不把这类机构视为司法系统内的法院。与行政或准司法机构有关的程序载于《示范法》第[66]条。

119. 质疑机制不论属于行政机制还是准司法机制，一个重要特征是它的独立性。在这方面，“独立性”概念系指独立于采购实体，而非独立于整个政府。尽管如此，还是鼓励颁布国在其国家制度范围内规定尽可能多的行动自主权和独立性，不受行政和立法部门干预，以避免政治影响，并确保独立机构作出决定的严格性。在有些制度中，指望采购实体对自身行为和决定的重新审议始终公正和高效是不切实际的，这时尤其需要一个独立机制，但是，另一方面，在制度薄弱的国家，要想确保通过其他机制提供有效救济可能存在困难。¹

¹ 工作组似宜审议是否在《指南》中进一步详述采购机构、监管机构（例如现有的反托拉斯部门）和独立机构这三者之间权力分配的理想程度的，这方面的论述可以放在此处，也可以放在综述有利于执行《示范法》的行政基础结构的一节中。秘书处的理解是，监管机构或中央采购委员会不可能是独立的，因为它代替采购实体作出决定。监管或监督机构（如公共采购部门）可履行这项职能，或者如果规模和资源允许，可将此项职能委托给一个单独的机构。

120. 许多国家的法律制度规定对行政机关和公共实体的行为进行司法复议，要么规定上述准司法职能与司法复议并存，要么规定以司法复议取代准司法职能。在准司法复议和司法复议并存的某些法律制度中，只有在用尽其他质疑机会之后才能寻求司法复议；在另一些制度中，质疑或复议这两种手段可以任选。《示范法》条文并未处理这一问题，因此颁布国可以通过条例就希望采取的办法作出规定。

121. 颁布国不妨利用《示范法》条文评估本国已经实施的质疑机制的效能。一般而言，采购争议的性质表明设立专庭审案是有益的。如果已经具备有效和高效的法院复议制度，再引入新的准司法机构可能意义不大；另一方面，如果已经有了运作良好的准司法职能，推动在法院设立采购案专庭同样没有多大意义。

122. 考虑到上述各点，为了使有关规定能够与世界各国法律制度和国家行政制度大相径庭的理论和结构框架相兼容，第八章的规定阐明了构建有效的质疑机制所应遵循的原则和主要程序。依照《示范法》作为一项框架文本的总体思路，有关条文必须有相应的条例和详细的程序规则加以补充，以确保质疑机制的运作有效、迅捷并具有成本效益。应当特别重视证据和审理问题，以确保程序各当事方充分知悉自身在这方面的权利和义务。²

123. 第八章并未述及通过仲裁或替代性机构解决争议的可能性，这既是因为采购程序中仲裁的使用相对少见，同时也是考虑到仲裁程序的性质，仲裁程序往往涉及将采购实体的行为或决定定性为符合或不符合《示范法》的要求。尽管如此，《示范法》无意暗示采购实体和供应商或承包商不得在适当情形下将与《示范法》规定的程序有关的争议付诸仲裁。

124. 颁布国的其他法律部门和其他机构可能会对第八章所设想的质疑机制产生影响，例如，在欺诈或腐败指控或违反竞争法引发质疑的情况下。在此情况下，颁布国似宜确保向采购实体和供应商提供适当的指导，并且这类信息应可供公众查取，以确保有关部门保持警觉并采取适当行动。

3. 在有效的质疑机制和避免过度干扰采购程序之间达至平衡的重要性

125. 有效质疑机制的一个重要特点是能够达至适当平衡，一方面需维护供应商和承包商的权利并保持采购程序的公正性，另一方面需限制对采购程序的干扰。因此，有关条文限制供应商和承包商（例如，包括被取消资格的潜在供应商和承包商）提出质疑的权利；规定了提交申请书和上诉状以及处理案件的时限；并规定某些情形下在决定是否对采购程序适用暂停时有自由裁量权。尽管如此，第[64]条还是载有一项一般性禁令，在质疑仍然存在的情况下，禁止采购合同或框架协议生效（有少数例外情况）。这些事项在该条的评注中加以讨论。

² 工作组似宜审议是否需作进一步论述，尤其是指导新设立的独立机构如何收集证据（调查制或抗辩制）和如何进行程序。例如，采购实体有义务提供采购记录，但可能需要一个强制执行机制。还可能关于证据的条文，以确保所要求证据类型与可能给予的权重之间的一致性。

4. 及时解决争议的必要性

126. 有助于高效解决争议并限制对采购程序的干扰的一个重要因素是鼓励及早解决问题和争议，并使质疑在需要撤销采购程序各阶段之前得到处理，这些阶段中最重要的是采购合同生效（或适当情况下订立框架协议）。《示范法》为此目的规定了几个条文，特别是使用停顿期（第[21(2)]条中有这样的规定）。实行停顿期规定，目的是要求在确定中选提交书和授予采购合同（或框架协议）之间有短暂的停顿，以使能够处理对拟议授标提出的任何质疑，从而避免因处置已执行的合同而带来的更多复杂问题和成本。至于递交投标书或其他报盘之前对招标条款和其他问题提出质疑，第[15]条规定了澄清和修改招标文件的机制，这样就可以降低对招标文件所载条款和条件提出质疑的可能性。因此，这些条文对第八章规定的质疑机制有辅助作用。

5. 质疑条款概要

127. 第八章的条文首先规定，供应商和承包商有权对采购实体的行为或决定提出质疑：采购程序中没有任何一项行为或决定可以免于适用质疑机制。至于受理机构，《示范法》规定了三种选择。首先，可以根据第[65]条向采购实体本身提出质疑，前提是采购合同尚未授标。重要的是，这种平级制度对供应商而言是一项选择，而并非质疑程序中具有强制性的第一步。将这种选择包括在内，是为了便于采取一种快捷、简便和相对低成本的程序。无须花费大量时间和成本就能够迅速给予救济，是采购方面质疑机制非常可取的特征。采购实体掌握与相关采购程序有关的事实并控制着相关采购程序，可能愿意并且能够纠正自身也许没有注意到的程序性错误，这种情况都有助于实现上述特征。这些特征不仅对于提出质疑的供应商是重要的，对于最大限度地减少对整个采购程序的干扰也非常重要。平级制度还可以降低因法律程序损害未来业务的预期风险，据认为，这种风险的存在不利于提出质疑。因此，鼓励颁布国采取措施，确保广泛传播这种机制、其运作方式（包括正规程序，但不是一种通知程序），以便可以切实利用这种机制。

128. 第二种选择是对于供应商指称的采购实体的违规决定或行为进行独立的第三方复议。这种独立复议可以作为行政程序或准司法程序进行。其范围比上述平级制度更广，因为在采购合同（或框架协议）生效之后也可以提出质疑。独立机构接到质疑后可准予各种救济，有关条文的脚注着重说明了某些法律制度通常可能不提供的救济，以便颁布国可以确保独立复议制度与诉诸法院的同等机制协调一致。

129. 供应商的第三种选择是在主管法院提起诉讼。《示范法》并未规定这种诉讼的程序，相关程序将受适用的国内法管辖。各有关条文的脚注列明一些问题并确定了为确保上述整个机制行之有效而需以某种方式实施的程序。

130. 在这方面，鼓励颁布国审查所有现有受理机构的范围，确保所实施的制度确实提供了《反腐败公约》所要求并被认为构成最佳做法的有效法律追诉和救济（包括上诉）。一般而言，一个有效的机制需包括以下几个方面：毫不拖延进

行干预的可能性；暂停或取消采购程序的权力和正常情况下防止争议未决时采购合同生效的权力；实施其他临时措施的权力，如下达限制令和对违规情形进行经济制裁；在已不可能采取干预措施的情况下（如授标之后）判给损害赔偿的权力；在合理的较短期限内迅速处理的能力，该期限通常以天数和星期数计。

[《指南》第一部分（总论）现草案至此已经结束。工作组似宜考虑《指南》第一部分（总论）是否还需增列更多的节/小节/问题。这可能影响第一部分现草案各节/小节/问题的排序。]