联合国 A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.4

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》第八章（质疑和上诉）随附的《指南》案文提出的建议。

V.11-80241 (C) GP 100211 100211

请回收

《贸易法委员会公共采购示范法颁布指南》

第二部分. 逐条评注

…

第八章. 质疑和上诉

第[63]条. 质疑和上诉权

1. 第[63]条的目的是确立对采购实体在有关采购程序中的行动或决定提出质疑的基本权利，以及必要时对一项质疑的一审结论提出上诉的权利。

2. 根据第(1)款，质疑权仅赋予供应商和承包商（包括潜在供应商或承包商，例如，通过资格预审排除在外者），而不赋予一般公众成员。分包商也排除在《示范法》所规定的质疑权的范围之外。这些限制意在确保质疑与采购实体在特定采购程序中的决定或行动有关，并避免基于政策问题或臆测性问题提出质疑，对采购程序造成过度干扰。此外，本条未述及供应商或承包商需要有何种资格才能够寻求复议，也未述及所声称的利益或损害需要为何种性质或达到什么程度供应商或承包商才能够寻求复议。这些问题和其他问题留待根据颁布国相关法律规则解决，如国家机构是否有权提出质疑申请的问题。

3. 第(1)款提及根据第[65 和 66]条分别向采购实体和独立机构提出申请，以及向法院提出申请。司法复议形式的质疑可以按照相关法院程序或权限或按照《示范法》第[69]条提出。

4. 第(2)款限于对第[65 和 66]条所述程序中作出的决定提出上诉。向法院提出上诉和在法院程序中提出上诉，须按照相关法院程序和权限进行。本款对此事项未作规定，颁布国在将本规定纳入国内立法时似宜具体提及此种相关权限。

第[64]条. 重新审议申请或复议申请的效力或上诉的效力

1. 本条的目的是规定在质疑或上诉仍未解决时，禁止采购合同或框架协议生效。这将确保不能通过将授标变成既成事实而使质疑或上诉无效。

2. 采购实体在规定时限内收到重新审议申请书，或者收到独立机构在处理一项质疑或上诉的通知或收到法院的通知的，不得订立采购合同（或框架协议）。如第(2)款所规定，在就质疑或上诉作出决定并且各参与方得到通知之后的较短期限内，本条规定的禁止继续有效，目的是让任何不服决定的当事方能够向上一级机构提出上诉。颁布国似宜确保这种期限在本国制度允许范围内尽可能短，以避免对采购程序造成过度干扰。

3. 所规定的禁止并不是绝对的：可能存在着紧迫公共利益考虑，表明更好的行动方针是允许采购程序继续进行和允许采购合同或框架协议生效，即使质疑或上诉仍然悬而未决。独立机构可以因此而下令继续进行采购程序并订立采购合同或框架协议。第(3)(b)款提供了一则任择案文，使颁布国可以具体规定独立

机构可以在采购实体未提出请求的情况下就此问题作出决定。这种选择或许适合迅问式的制度，但对于其他国家可能不是很合适。在制订独立机构运作程序规则和指导意见时，各国还似宜确保制订明确的规则和程序，说明采购实体在提出相关申请时需要就紧迫公共利益考虑举出的证据，以及如何提交允许采购继续进行的申请（包括该申请由采购实体单方面提出，还是由当事各方共同提出）。

4. 及时解决采购争议和建立有效的质疑和上诉机制的必要性应当与保护紧迫公共利益考虑相平衡。在颁布国法院制度不允许提供强制性临时救济和采取简易程序的法域，这一点尤为重要。第(3)(b)款意在确保可以针对允许此类情形下就订立采购合同或框架协议作出的任何决定本身提出质疑（通过适用第 63 条赋予的一般权利）。另一方面，在独立机构裁定不得免于适用禁止订立采购合同或框架协议的规定时，采购实体也应有机会请求主管法院允许采购实体以紧迫公共利益考虑为由订立采购合同或框架协议。

5. 这方面，第(3)(b)款载列的一项重要要求是确保将独立机构作出的决定迅速通知所有相关参与方，包括采购实体。这些规定要求披露该决定及其理由，这对于采取任何进一步行动（例如对有关决定提出上诉）至关重要。由于第(3)款所涉申请的性质，可能需要保护机密信息，此种信息的披露将受第[68]条规定的限制。但是，这一规定并不能使独立机构免于将其决定通知所有相关方（如规定中所列）并提供相关理由的义务；任何机密信息均须按照法律要求的程度和方式排除在外。

第[65]条. 向采购实体提出重新审议申请

1. 第[65]条规定，供应商或承包商如果想质疑采购实体的决定或行动，可以首先请求采购实体重新审议有关决定或行动。这种申请是可选的，因为其有效性将依质疑的性质以及采购实体是否愿意重新考虑自身在采购程序中采取的步骤而变化。本条规定的程序应与通知介绍程序区分开来[参引本《指南》关于通知介绍的论述]。颁布国可以考虑的是，通过促进采用本条所规定的可选质疑机制而促进及早解决争议是可取的，因为这样做也可以提高效率并增进采购实体与供应商或承包商之间的长期关系。

2. 规定这一程序的目的是允许采购实体纠正有缺陷的行动、决定或程序。这种做法可以避免给其诉讼机构造成不必要的负担，将本来可由当事各方在较早阶段、以较少干扰和较低费用解决的申请和上诉诉诸此种机构。

3. 不过，重新审议申请是一种正规程序，为此必须从一开始就明确界定申请及其所提出问题的范围（既是为了确保有效审议，也是为了避免在程序中提出其他问题）。因此，申请必须采用书面形式。《示范法》未载有提出佐证的规则：申请人不妨提出最有力的理由，证明为何应当进行重新审议或采取纠正行动，但是如何做到这一点，每个案件都是不同的。上文所述条例和程序规则应当在必要时述及证据收集问题。一般做法是允许先提交申请书、然后再提交证据，但这种做法可能不利有实现（第(3)款所规定的）要求采购实体迅速就申请

采取行动的目的，因此，这类辅助性规则和条例应当鼓励及早提交所有可以取得的证据。

4. 第(2)款中规定了两个时限，一般来说，其目的是确保冤情迅速得到申诉，避免对采购程序造成不必要的延误和干扰，并避免在以后阶段在处理有关行动或决定。概括起来说，本条设想了两种质疑程序：首先是对招标条款和资格预审或预选的质疑，这类质疑必须在提交书递交截止时间之前提出，理由刚才已经阐明。在这里，“招标条款”包括提交书递交截止时间之前采购程序中出现的所有问题（包括本项中单独提及的资格预审或预选中出现的问题），例如，如果可以在公开招标和直接招标之间取舍的话，采购方法或招标方法的选择，以及第 8 条对参加采购程序的限制。因此，这里不包括提交书审查和评审中出现的问题。招标条款、资格预审或预选包括根据第[15]条发布的任何补充文件的内容。提交书递交截止时间“之前”一词在这里取其广义，目的是允许颁布国在适用的条例中规定提交的截止时间，该期限应当是在提交书递交截止时间之前，明确划定而且时间较短（不同采购方法可能需要不同的期限：电子逆向拍卖的适当期限通常要比通过对话或谈判的采购方法短）。这样做是因为可能需防止在提交书递交截止时间临近时提交干扰性很大的（并且也许属于无理纠缠的）质疑。

5. 第二类质疑可能与采购合同（或框架协议）的授标或拟议授标有某种关系，此种质疑的主要目的是确保在已签署的合同（或正在执行的框架协议）出现更多复杂问题之前使质疑得到处理。问题通常发生在提交书的审查和评审中，这属于采购程序的一个步骤，还可以包括供应商的资格评估（但不包括资格预审）。提出这类质疑的最后期限视情况而定，可以是所适用的停顿期到期，或采购合同（或框架协议）生效。案文中提及采购合同生效而不是接受通知书送达，是因为考虑到必须先签署书面采购合同或得到另一机构的批准采购合同方能生效等情形（第[21]条以及《示范法》中述及招标文件内容的各条所设想的种种可能性）。

6. 条文并未提及采购实体是否有权审议对取消采购的决定提出的质疑。虽然取消采购的决定原则上与采购程序的其他任何决定并无不同，但委员会还是认为有关问题交由法院审议更合适。

7. 从政策理由上看，之所以要求仅在采购合同尚未生效情况下才可向采购实体提出重新审议请求，是因为合同生效之后，采购实体能够有效地要求采取的纠正措施是很有限的。在后一种情况下，案件诉诸准司法复议或司法复议更为妥当。[1]

---

[1] 工作组似宜考虑是否还应当讨论其他事项。将采购实体的权限局限于订立合同前的争议，目的是避免赋予采购实体过多权力，而且与《示范法》不介入合同管理阶段的做法也是一致的，由此产生的结果，自然是采购实体的权力止于合同生效之时。《指南》可以说明别的做法，例如，如果没有独立机构，颁布国不妨通过援用类似于第 66 条的条文将时限延长（否则只能诉诸法院了）。这一点可能被认为有一定意义，因为采购实体掌握的情况最为详细，可能处于对质疑作出判断的最有利位置。另一方面，保障程序公正性问题应通过停顿期和提供其他救济加以处理。

8. 对于逾期提出的申请，采购实体无权处理，应当根据本条第(3)(a)款驳回申请。已适用停顿期并且采购合同生效需要另一机关批准的，该条文应当理解为，停顿期到期之后、给予批准之前提出的质疑按逾期申请处理。

9. 第[65 和 64]条相结合，所产生的作用，是指在重新审议申请提交之后，不得授予采购合同（或订立框架协议），除非采购实体以紧迫公共利益为由提出的免于适用禁止规定的请求被独立机构依据第 64(3)条批准或者被法院批准。

10. 第(3)款要求采购实体采取几个步骤。首先，必须在收到申请之后迅速登载有关该申请的通知。这一步骤没有规定固定时限；什么时间合适取决于登载的方式以及相关媒介是否可用。例如，在电子环境中，最容易产生效果的登载处是登载最初的采购通知的网站。目的是确保采购程序的所有参与方（采购实体可能知道也可能不知道它们的联系方式）都知悉提交申请之事。

11. 除上述登载要求外，采购实体必须在收到申请后三个工作日内，将提交申请之事以及申请内容通知它所知道的采购程序所有参与方（即采购实体知道其联系方式的参与方）。提供关于申请内容的通知，可使采购实体无需审阅申请书全文、检禁机密信息就可避免披露潜在的机密信息。

12. 关于登载和通知的条文的目的，是让供应商或承包商知悉有人就它们参加过的采购程序或正在参加的采购程序提出了一项申请，并使它们能够采取步骤保护自身利益。这些步骤可以包括根据第[67]条介入复议程序，其中可能包括要求取消一项已经适用的暂停，还包括相关条例或程序规则可能规定的其他步骤。规定较广泛参与复议程序的可能性，是因为尽早将投诉公诸于众并掌握相关信息符合采购实体的利益。

13. 在相同期限内（收到申请后三个工作日），采购实体必须采取进一步的步骤，这些步骤相当于对重新审议申请进行初步审查并将此种审查的结果通知申请人和其他相关方。采购实体首先必须决定是否受理该申请。第(3)(a)款确定了采购实体可以决定不受理申请的几类情形。采购实体将审议的问题包括：申请书是否在规定时限内提交、申请人是否有资格提交申请书（如上文第 63 条的评注第[2]段所述，分包商和一般公众成员没有这种资格，而潜在供应商则不同）、申请的依据是否是对事实或适用法律条例明显错误的理解，或者申请是否属于轻率行事或无理纠缠，等等。如果质疑机制尚处于创建初期，供应商或许还不清楚其提出质疑的权利范围，在这样的的制度中，上述问题可能尤其重要。允许及早驳回，对于尽量减少对采购程序的干扰并尽量降低各相关方的费用非常重要。

14. 在第[63]条规定的权限内，可以对有关驳回的决定提出质疑，因为第[65]条第(3)(a)款指出，驳回构成就申请作出的决定。已经禁止采购合同或框架协议生效的，驳回还可以使这一禁止规定在第[64]条规定的期限之后失效，除非对该驳回又提出进一步质疑或上诉。为便于及时提出进一步质疑或上诉，条文要求采购实体至迟于收到申请后三天内将有关驳回的决定及其理由通知申请人。

15. 采购实体决定受理申请的，必须考虑是否暂停采购程序以及暂停情况下所需要的暂停期。暂停的目的是使申请人的利益在程序未决期间得以维护。对暂

停采取这种做法—即允许采购实体就此事作出决定，意在实现两方面的平衡，一方面是供应商或承包商要求对一项质疑进行审查的权利，另一方面是采购实体经济、高效地订立合同，不使采购程序受到不当干扰和延误的需要。

16. 在设计赋予采购实体的暂停权时，委员会注意到自动暂停是一种繁琐而严厉的做法，可能导致供应商能够以无理纠缠的方式提出要求，从而不必要地拖延采购程序，并可能给采购程序带来严重损害。这种可能性的存在，将使供应商能够对采购实体施压，使后者无意之中采取不适当地偏向有关供应商的行动。自动暂停做法可能带来的另一个不利之处可能是动用质疑机制的情况普遍增加，结果对采购程序造成干扰和延误。

17. 尽管如此，如果没有暂停，提出投诉的供应商可能没有足够时间寻求并得到临时救济。设置暂停机制，增强了在没有司法干预情况下在较低级别处理申请的可能性，因而有利于更加经济、高效地解决争议。

18. 正因为如此，采购实体享有是否暂停采购程序的自由裁量权。采购实体有关暂停的决定将根据质疑的性质和时间以及所涉采购的事实和情况作出。例如，在程序早期对某些招标条款提出质疑，所产生的影响可能无需暂停，即使最终需要采取轻微的纠正行动；对其他一些招标条款的质疑可能需要暂停，在这种情况下，纠正行动可能意味着撤销已采取的步骤和造成成本浪费；另一方面，如果是在提交书递交截止时间临近之前几天对这类条款提出质疑，就要采取非常不同的行动，暂停可能是适当的。有关供应商负有证明为何应当准予暂停的责任，不过，这方面必须指出，供应商不一定掌握采购程序的完整记录，或许只能大致说明有关问题。

19. 尽管第[64]条规定在申请得到处理之前禁止采购合同生效，但除其他以外，在前段所述情形下还是有必要暂停采购程序的。换言之，暂停采购程序是一个比第[64]条所规定的禁止更加广泛的概念：它可以停止采购程序中的一切行为。

20. 另一种做法是对采购实体行使自由裁量权决定是否暂停采购程序加以规范，尤其是在下列情况下：采购实体缺乏使用质疑程序的经验、相关采购程序中的决定已由另一机构作出，或者希望通过特别鼓励先向采购实体提出任何质疑来促进争议的及早解决。如果希望采取这种做法，颁布国似宜按照第[66]条第(3)至(7)款的思路重拟第(3)款的条文。

21. 考虑到高效解决争议这一总体目的，关于暂停的条文的另一个目标是确保迅速就是否适用暂停作出决定，为此给采购实体留出三个工作日的较短期限，用来决定是否暂停采购以及适用的任何暂停的期限，并将其决定通知申请人和采购程序所有参与方。采购实体决定暂停程序的，不需要提供决定的理由，因为申请人不是对该决定提出质疑。防止滥用权力不予暂停的关键保障是透明度措施：首先，根据第(3)(c)㈡款，采购实体必须将其作出不暂停采购程序的决定的理由通知申请人，其次，必须将与暂停有关的所有决定及其理由记录在案。这些保障措施确保可以对采购实体的决定本身提出质疑和（由诸如第[66]条规定的独立机构或由法院）进行审查。

22. 采购实体决定不予暂停的，申请人可能认为该决定可能预示着关于申请的最终决定，因此最佳途径将是终止向采购实体提出的申请并向独立机构或法院提起程序（而非就不予暂停的决定向该机构提出上诉）。第(4)款赋予了这种权利。一方面，采购实体可能会认为这种选择不利于以有关制度本应具有的严肃性认真对待所提申请，另一方面，随后向另一诉讼机构提出质疑或由另一监督机构采取行动，即使应当视为一种可能的结果，也将证明这样做是不明智的。第(4)款还规定，不遵守三天通知要求的，申请人可以重新向独立机构或法院提起程序，这一措施的目的也是避免采购实体行事拖拉。向独立机构或法院提起程序时，采购实体进一步受理该申请的权限即告终止。

23. 第(5)至(7)款规范采购实体受理申请所采取的步骤。第(5)款对采购实体就申请作出决定赋予了广泛的自由裁量权。可以采取的纠正措施包括下列措施：调整采购程序使之符合采购法、采购条例或其他适用规则；已作出接受某一提交书的决定，而事实表明应当接受另一提交书的，不向最初选定的供应商或承包商发出接受通知，而是接受该另一提交书；或者取消采购程序，启动新的程序。

24. 采购实体应当按照第(6)款的要求下达其就所受理的申请作出的决定，并将决定告知申请人以及该项质疑和采购程序的所有参与方。关于必须下达该决定的期限，请颁布国具体规定适当的工作日数。所规定的期限应当平衡兼顾两种需要，既要彻底审查有关问题，又要迅速处理重新审议申请，使采购程序能够继续进行。

25. 如果申请不能迅速得到处理，则准司法复议或司法复议可能是更适当的途径。为此，在没有及时作出决定的情况下，或者在申请人对决定不满意的情况下，第(7)款规定提出该申请的供应商或承包商有权酌情根据第[66]条提起复议或上诉程序，或者向法院提起程序。

26. 第(8)条规定了额外的透明度机制。采购实体的所有决定必须作书面记录，指明所采取的行动并列明理由，一方面是增进理解从而防止进一步的争议，另一方面是便利提出进一步的质疑或上诉。在有些制度中，虽然采购实体对一项申请保持沉默可以视为驳回该申请，但作为一种良好做法，条文要求必须作出书面决定。申请和所有决定也必须列入记录。该规定的隐含之意是，（在服从第[24]条的保密限制的前提下，）这些文件将按照第[24]条的规定提供给公众查阅。

27. 如果颁布国规定采购实体的某些行动须服从一个审批机关的决定[参引有关讨论]，则颁布国需要确保将适当规定列入本条，以允许该机关接收重新审议申请和与相关质疑程序有关的一切资料。

第[66]条. 向独立机构提出复议申请或上诉

1. 第 66 条规范独立机构处理的复议和上诉程序。《示范法》的意图是颁布国应准许本条规定的所有权力，但几项脚注所述的允许偏离的情形除外。这些权力是作为一揽子措施确保制度有效性所必需的。

2. 本条的一项脚注指出，法律制度不对行政行为、决定和程序进行行政或准司法复议的国家，可选择略去本条，除规定第[65]条的平级制度之外仅规定司法复议（第[69]条）。允许有这种灵活性的前提条件是，颁布国提供有效的司法复议制度，包括有效的上诉制度，确保可以按照《反腐败公约》的要求提出质疑。有些国家已通过法院制度实现有效的独立复议，在这些国家，引入另一层复议也可能益处不大；不过，采购实体处理的平级制度可能是一种有益的机制，有助于及早解决争议。

3. 在既规定行政或准司法复议又规定司法复议的一些法律制度中，可在准司法复议程序仍然悬而未决时提起司法复议程序，反之亦然，或者只有在其他复议机会用尽之后才能寻求司法复议。一些相关国家可能已经制订了就这些事项为质疑程序各参与方提供指导的规则。如果尚未制订，国家似宜通过法律或条例制订这类规则；《示范法》不能规范法院程序，因此没有述及这一问题。在这方面，《示范法》并不想鼓励多重申请。条文的目的是允许颁布国按照本国法律传统处理这个问题。

4. 希望建立行政或准司法复议机制的颁布国需要确定可被赋予复议职能的适当机构，不管是现有机构还是颁布国新设立的机构。例如，该机构可以是对本国采购事务行使总体监管和控制权的机构，可以是权限不限于采购事务的一个相关机构（例如对政府和公共行政的运作进行财务控制和监督的机构（不过，复议范围不应限于财务控制和监督）），也可以是权限仅限于解决采购事项争议的专门行政机构。

5. 顾名思义，履行复议职能的机构独立于采购实体并且免受政治压力是一项重要保障。在这方面，依照本国颁布的《示范法》，行政机构的权限是审批采购实体的某些行为或决定或采购实体所遵循的程序的，或者是就有关程序向采购实体提出建议的，此种行政机构不符合独立性的要求。此外，各国似宜特别考虑该机构是否应当包括独立于政府的外部专家或由这样的专家组成。从实际角度来看，独立性也非常重要：如果审议程序中作出的决定缺乏独立性，可能导致向法院提出进一步的质疑，从而造成对采购程序的长期干扰。

6. 第(1)款意在确保独立机构拥有广泛权限。除了一开始就向独立机构提出复议申请之外，供应商对采购实体依据第[65]条作出的决定不满，可以向独立机构提出对该决定的上诉，或者向独立机构提起新的程序；如果采购实体未按照第[65(3)、(6)或(8)]条的要求下达决定，供应商可以采取上述两个步骤中的任意一个步骤。因此，该款是意在落实《反腐败公约》关于有效复议制度包括上诉机制的要求的关键条文之一。

7. 第(2)款规定了启动复议申请和上诉的时限。第(2)(a)款涉及对招标条款和提交前事项的质疑，并规定了与采购实体处理的质疑程序相同的时限，有关后者的指南载于上文第[65]条评注第[4]段。

8. 第(2)(b)㈠款规定，适用停顿期的，应当在第[21(2)]条规定的停顿期内提交涉及采购程序中其他决定或步骤的申请。第(2)(b)㈡款规定，未适用停顿期的（或者由于采购实体依据第[21(3)]条被准许不适用停顿期，或者由于采购实体未遵守有关停顿期的要求），必须在自供应商意识到或应当意识到有关情况之时

起规定数目工作日之内提出质疑。为了避免拖延此种情况下提交复议申请的期限，条文还提及绝对最长期限—不得在采购合同生效之后多少天到期时再提出申请。需要规定这一最后截止日期，是为了平衡兼顾供应商增强程序廉正性的权利与采购合同不受干扰地继续进行的必要性。还认识到，在大多数国家，任何民事索赔都有确定的时效期限。绝对最长期限可以用周数或月数而不用工作日数表示，如果这样做更合适的话。请颁布国根据本国需要具体规定这两个时限。

9. 关于第(2)(b)㈡款的第一个时限，1994 年《示范法》案文规定同等时限为 20 天；[经修订的《政府采购协定》]规定至少为 10 天；颁布国在审议本国立法规定的适当时限时不妨以这些条文为指导。关于第(2)(b)㈡款的第二个时限，虽然大多数情况下根据第[22]条发布的采购合同授标公告可能会提醒提交申请的供应商或承包商注意有关情况，但不一定始终如此。例如，不适用停顿期的理由也可能成为不适用登载采购合同授标广告的义务的理由——如援用保密以保护本国的国家基本安全利益。为此决定，不将登载授标公告作为计算绝对最长期限的起点，因为并非所有情况下都会登载授标公告，而是以采购合同生效作为参照点。

10. 同第[65]条一样，条文并未提及独立机构是否有权审议对取消采购的决定提出的质疑。这反映了第[65]条评注第[6]段所提到的委员会决定，即与这类决定有关的质疑应当是法院的专属权。

11. 第(2)(c)款设想，供应商可以以一项申请涉及重大公共利益考虑为由，请求独立机构受理根据第[21(2)]条适用的停顿期期满后提出的申请。提交这类逾期申请的绝对截止日期由颁布国确定，该日期应与第(2)(b)㈡款确定的最后截止日期一致。应由独立机构决定重大公共利益考虑是否存在，以及这类考虑是否构成受理逾期申请的理由。关于哪一类问题允许受理停顿期过后提出的申请，颁布国可以考虑最常见的问题是发现舞弊欺诈行为或腐败情形。颁布国似宜就这些事项提供规则或指导。这种规定虽有裁量处理因素，但并不完全禁止独立机构审议这类申请。在相关法域的正常时效期限内，这类申请也可直接向法院提出。在《示范法》的正常透明度保障不适用的情况下，这类规定尤其重要。

12. 第(2)(d)款规定了不服采购实体决定提出上诉的时限和对未根据第[65]条下达决定提出上诉的时限。在确定这一时限时，还是由颁布国确定自供应商知悉或理应知悉有关情况之时起的相关工作日数。各国似宜确保所有由其确定的相关时限确实相互一致，不论是第八章中规定的时限还是第[21(2)]条中规定的停顿期的期限。

13. 第(3)和(4)款处理暂停问题。与暂停有关的主要政策问题在第[65]条评注第[15 至 21]段中论及，此处同样适用。

14. 第(3)款界定应赋予独立机构的下令暂停采购程序的一般裁量权。这种裁量权须服从第(4)款提到的某些情形下暂停采购程序的要求。在第(4)款未涵盖的其他所有必须暂停的情形下，只要独立机构认为下令暂停是保护提出复议申请或上诉的供应商的利益所必需，就可以下令暂停；独立机构也可以取消或延长以这种方式准许的暂停，而且这些权力可以在独立机构处理质疑程序期间随时行

使。由于认识到有些法域中独立机构对于已生效采购合同或框架协议的权力可能是有限的，(b)项条文（同本条所有提及已生效采购合同或框架协议的条文一样）随附一项脚注，说明了该条文的任择性。

15. 第(4)款规定了采购程序通常必须暂停的两种情形。这两种情形被认为对采购程序的廉正性构成特别严重的风险。

16. 第(4)(a)款规定，申请书或上诉书在提交书递交截止日期之前收到的，必须适用为期十个工作日的暂停。这样做的理由是在很大程度上确保这类争议在收到提交书之前得到处理，此时采取纠正行动比较容易。在此情况下，独立机构不妨采取延长提交投标书的截止日期等步骤，并纠正与招标条款、资格预审或预选有关的其他行动。

17. 第(4)(b)款涉及没有适用暂停期并且质疑在提交书递交截止日期之后收到的情形。案文没有规定固定的期限，因为不同情形可能需要不同期限。由于采购合同生效之后也可能收到质疑，条文赋予了根据情况暂停履行采购合同或暂停执行框架协议的任择性权力。

18. 在第(3)和(4)款所涉及的每一种情形中，暂停都属于一种推定措施而非自动措施，因为独立机构可以决定，紧迫公共利益考虑使得采购合同或框架协议有理由继续进行。这一检验标准与第[64(3)]条适用的标准相同（后者规定，采购实体可以寻求取消对订立采购合同或框架协议的禁止），颁布国应当确保就有理由继续进行的情形提供适当的指导。可能属于这种情形的例子包括自然灾害、紧急情况和不这样做就可能对采购实体或其他有关方造成过大损害的情形。独立机构的程序规则可以规定，如果在其得到完整的采购程序记录之前（如本条第(8)款所要求）必须就暂停作出决定，允许该机构询问采购实体。

19. 无论如何，独立机构应当牢记，最终可能证明暂停对采购程序造成的干扰较小，因为这样做可以避免在作出决定推翻或纠正采购实体的决定的情况下不得不撤销采购程序中已采取的步骤。此外还要确保适度地鼓励供应商提出质疑，而适用暂停是这方面的一项重要考虑。

20. 为了减少复议申请或上诉可能造成的干扰，第(5)款连同第(6)款要求独立机构对所提交的申请书或上诉书进行初步审议，这一点类似于第[65]条第(3)款的规定，有关该款的指南载于该款评注（有关第[65]条的指南的第[13-22]段）。对申请书进行这种初步审查，意在允许独立机构在表面证据基础上迅速对申请进行评估，以确定是否应当受理申请。

21. 第(5)款要求独立机构将申请复议或上诉之事及其内容迅速通知采购实体以及独立机构知道其身份的采购程序各参与方。该款并不要求通知该申请或上诉可能影响其利益的其他实体（如其他政府实体），但要求登载该申请或上诉的通知，以便这类实体可以酌情采取步骤保护自身利益。如关于采购实体处理的质疑程序所讨论的那样，此种步骤可以包括根据第[67]条介入质疑程序，请求取消已适用的暂停，以及有关条例或程序规则可能规定的其他措施。

22. 独立机构还必须就暂停作出决定，并将此决定通知所有相关方（适当情况下包括暂停期）。独立机构还必须向申请人或上诉人（以便利对该决定提出上诉）和采购实体提供作出不暂停决定的理由。

23. 第(6)款规定的驳回复议申请或上诉的权力，类似于第[65]条中赋予采购实体的权力，该条评注第[13]段就此作了论述。同第[65]条一样，也适用关于就该决定及其理由提供通知的透明度保障措施。

24. 第(7)款规定，根据第(5)款和第(6)款采取行动的通知必须在收到申请书或上诉书后三个工作日内发出，这一点与向采购实体提出的重新审议申请一样。通知的后果随通知所涉决定的不同而不同，但主要是独立机构可能要求采购实体暂停采购程序。

25. 第(8)款要求采购实体向独立机构提供与采购程序有关的一切文件；这项义务须服从第[23 和 24]条的保密规定，尤其是对披露某些信息的限制，不过这种限制可以由颁布国在这些条文中确定的主管部门取消。颁布国似宜提供规则或指导，通过规定安全、高效转移这类文件的手段而避免给采购程序和复议或上诉程序带来过多干扰。

26. 第(9)款载列了独立机构可根据《示范法》就其决定受理的复议申请或上诉准予提供的救济。关于行使准司法复议职能的机构有权批准的救济，第(9)款承认各国法律制度对此种救济的性质有不同规定。鼓励各国在颁布《示范法》时颁布本国法律制度允许进行复议的独立机构准予提供的所有救济，以确保按照《反腐败公约》的要求建立有效的复议制度。条文的主旨是确保就申请或上诉作出适当的决定（包括在必要情况下驳回或拒绝该申请）；在此过程中，处理申请或上诉时已经适用的暂停也必须在独立机构认为必要时予以撤销或延长。

27. 本款中括号中的一些规定表明其可选性以及根据颁布国当地情况而有所变化的可能性。例如，(c)项和(e)项允许独立机构推翻采购实体的行为和决定，包括推翻采购合同的授标。“推翻”一词并非指任何特定后果（不必将其看作宣布决定无效），因此颁布国可以规定与有关法域的法律传统相符的后果。不过，这两项以及(d)项的脚注指出，如果不能赋予独立机构推翻采购合同或以自身决定取代采购实体的决定的权力，可以用另一种写法允许独立机构废止采购实体的决定，这样就要求采购实体依照独立机构的决定另作决定。

28. 纠正行动应视作主要和最可取的救济。这种做法反映在《政府采购协定》中。通过纠正行动及早解决争议将降低经济赔偿的必要性。不过，经济赔偿可能是特定案件中适当救济的组成部分，例如在合同已经生效但又不宜干预合同的情况下。因此，一项制度不（在提交投诉书的费用之外）就经济赔偿作出规定，就有可能无法在所有情况下提供适当救济，因此，在从更广泛的角度实行有效救济制度时，应当将经济赔偿问题作为其中的一部分。

29. 为此，第(9)(h)款就经济赔偿作出规定，列出两个备选案文供颁布国考虑。如果保留括号内的案文，可以要求向供应商或承包商赔付因非法行为、决定或程序而提交与采购程序有关的投诉所涉及的任何合理费用。这些费用不包括由于提出投诉的供应商或承包商的投标、建议、报盘或报价未获接受而损失的利

润。第二个备选案文（即颁布的条文不包括括号内的案文）下可赔付的损失类型较为广泛，可以包括未来的损失，其中酌情包括损失利润。颁布国似宜考虑其国内法律制度如何处理纯经济损失，以确保整个相关法域采用一致的经济赔偿标准（例如，赔偿是否应反映机会的损失，以及经济赔偿在多大程度上取决于投诉人能够证明自己本来可以赢得有关的采购合同）。获得经济赔偿的可能性会助长投机性申请并干扰采购程序，鉴于这种风险，在准司法制度初建之时或许应当为确保供应商提出申请而设置适当的鼓励办法，但随着制度趋于成熟，应当对这种机制进行审查。此外，如果判给经济赔偿的权力归于一个小实体或者为少数几个人掌握，颁布国似宜监测滥用风险。[2]

30. 第(10)款规定了必须就独立机构决定受理的申请或上诉作出决定的最长期限。该款还要求将此种决定迅速通知所有相关方。第(11)款要求独立机构在复议或上诉程序期间作出的所有决定均应当以书面作成，应当完整、列明理由并记录在案，第(10)款连同第(11)款载列了重要的透明度保障措施，目的也是确保复议和上诉程序高效和有效以及有冤情的供应商必要时可在法院采取进一步行动。第(10)款和第(11)款类似于第[65]条第(6)款和第(8)款；因此，关于第[65]条的指南在第[24]段和第[26]段中论及的事项，此处同样适用。

31. 证据审查及其进行方式（例如，是否需进行听审），是确定行政或准司法程序需要多长时间的一个重要因素，并将反映相关颁布国的法律传统。颁布国尚未制订行政或准司法复议程序细则的，可以依法制订此种细则或在采购条例中提供此种细则，以涵盖复议程序的进行、申请书提交方式以及证据问题等事项。

第[67]条. 质疑程序或上诉程序参与方的权利

1. 第(1)款提及参与采购程序的任何供应商或承包商以及其利益可能受到质疑程序或上诉影响的任何政府主管部门，这种提法确立了不限于申请人或上诉人的对质疑程序或上诉程序的广泛参与权。这些参与权的用意是在有效进行质疑程序和避免过度干扰程序之间取得适当平衡，上文关于第[64]条的评注在论述启动质疑程序的一般权利时指出了这一点，另外，这些参与权还以下述概念为基础，即只要供应商或承包商或其他潜在参与方能够证明其利益可能受到质疑程序或上诉程序的影响，即允许其参与程序。

2. 这方面，“质疑程序或上诉程序参与方”可包括参与方的各种组合，视质疑程序或上诉程序的时间以及质疑或上诉的事由而定，并且还可包括其他政府机构。政府机构可以包括打算采用一项框架协议的公共部门机构，也可包括参与相关采购的任何审批机关。提及“参与采购程序的”供应商或承包商，意在允许所有仍留在相关程序内的供应商或承包商，但将那些在资格预审中或在程序早期采取的类似步骤中被淘汰的供应商或承包商排除在外，除非该步骤正是质疑或上诉所涉及的采购实体的某一行为或决定。

---

[2] 工作组表示希望在《指南》中述及费用的量化问题，因此似宜向秘书处提供此种讨论的范围。

3. 第(2)款体现了采购实体参与由独立机构处理的质疑程序或上诉程序的权利。

4. 第(3)款载列了程序参与方的基本权利，其中最重要的是作出申述、参加整个程序和出示证据的权利。这些权利属于本条第(1)款和第(2)款述及的各方，但不属于可能出席公开举行的审理的其他任何人（如新闻工作者）。独立机构可以准许查取质疑程序或上诉程序记录（根据第[66(8)]条的规定，其中包括采购程序记录）。程序参与方需证明所要查取的文件与其有利害关系：这项措施意在使独立机构有效控制程序并防止进行手段不当的调查。查取记录还须服从第[68]条有关保密的规定。需要制订强有力的程序规则，确保在每个案件的程序中都能够以适当的详细程度及时审查有关问题。

第[68]条. 质疑程序和上诉程序的保密

第八章列入本条是为了在质疑程序和上诉程序中适用第 23 条所载的保密原则，尤其是在独立机构处理的复议程序和上诉程序中（第[23]条不适用于独立机构）。

第[69]条. 司法复议

[1. 本节尚未编写完毕。此处载列《1994 年示范法颁布指南》关于相应条款的相关部分，以及工作组关于司法复议范围的评述和《示范法》修订本草案第 69 条随附的脚注。

2. 《1994 年示范法颁布指南》关于“第 57 条.司法审查”的评注内容如下：

> “本条的目的并不是要限制或取代其他适用法律中可能规定的谋求司法审查的权利。相反，本条只是为了确认这种权利，对于按照第 52 条提出的审查请求，赋予某个或某些法院以司法裁判权。这包括针对审查机构根据第 53 条和 54 条做出的决定提出的上诉和因这些审查机构未采取行动而提出的上诉。司法诉讼的程序及其他方面，包括可能批准的补救办法，应依循司法程序适用的法律。适用于司法程序的法律将确定这样一个问题：对于根据第 53 或 54 条作出的审查决定，如果提出了上诉，法院到底应重新查究采购程序中受到指控的某些方面，还是只查究审查过程中做出的决定是否合法或是否适当。第 57 条只载入了最低限度的规定，这是为了避免触犯各国法律和程序中与司法程序有关的规则。”

3. 工作组对《示范法》修订本有关司法复议的条文的评述载于 A/CN.9/WG.I/WP.75/Add.8 号文件脚注 43。有关评述可归纳如下：

> “《示范法》无意干涉法院的特权，这种特权由颁布国单独一套法律来规范或理应由其规范。本《示范法》也无意对法院在颁布国法规下可能享有的更为广泛的权力作出意外的限制，如判付预期损失赔偿费的权力或准予临时措施的权力，包括在合同已经签署并且履约已经开始的情况下，只要颁布国的法律制度允许这样做就行。

《示范法》对司法复议的处理只是概述框架，并鼓励也应在法院提供准司法程序中可以提供的一切救济，因此第 66 条无意处理适用法律可能允许的法院下令暂停的问题。”

4. 《示范法》修订本第[69]条随附脚注内容如下：

“为了反映有关法域的法律制度，各国可以在司法领域或行政领域规定上诉制度，也可在这两个领域都规定上诉制度。一国如果规定对采购实体的决定只进行司法复议，必须建立有效的司法复议制度，包括有效的上诉制度，以确保按照《联合国反腐败公约》的要求，在本法规定的采购规则和程序没有得到遵守的情况下提供法律追诉和救济。这种有效的司法复议制度应当特别确保以下几个方面：㈠对采购实体或独立机构（视情况适用）的决定提出司法复议申请或上诉的截止时间应当适合特定采购的情况，特别要考虑到本法关于停顿期的规定；㈡根据第 63 条对诉讼拥有管辖权的法院可以采取本法第 66 条第(9)款规定的任何一项行动，也可以配套采取其中几项行动，并准予为确保有效复议而采取其认为必需的临时措施，包括暂停采购程序、暂停履行采购合同或暂停执行框架协议（视情况适用）；㈢对于本法第 67 条和第 68 条中规定的参加质疑程序或上诉程序、提出证据以及保护在采购过程中提供的机密信息，需确立最低限度保障。”]