

ASIALINK公共采购法教研国际合作
项目成果：教材翻译之二

公私伙伴关系
——法律经济学视角的
国际层面分析

Public Private Partnership

An international analysis in legal and economic perspective

原著编者 Christina D. Tvarnø

中文编者 曹富国

译者 周芬

中央财经大学
中国公共采购研究所课题组译

许可翻译的声明

Acknowledgement of Permissions

本项目负责人和本书主编曹富国教授感谢著作权人对其教材翻译和出版的授权。

The Editor of this Book gratefully acknowledges all the authors and publishers of the book for their permissions granted to the Editor for translation and publication under the Asialink Project.

本翻译作品著作权声明及其适当使用

The Intellectual Property Right of the Editor and Traslators in this textbook and its proper use

本翻译作品的著作权适用《中华人民共和国著作权法》。本翻译教材的编者和译者对本翻译作品拥有著作权。使用者可以为了非商业目的（包括教学和研究的目的是）进行下载或者打印。除非有明确地规定，在没有获得著作权人事先书面授权的前提下，不能够对本论文集进行复制、翻印、再版、改编、传播、下载或者以任何形式进行的传播。

本翻译作品仅供读者参考，可能需要进一步译校。

All rights in relation to this translation are owned by and reserved to the editor and translators and are subject to the Chinese law. Users may download or print a copy for non commercial use (which includes use for educational and research purposes). Except as expressly provided, it may not be copied, reproduced, republished, adapted, transmitted, downloaded or broadcast in any format whatsoever without the prior written permission of the copyright owner.

The translation is only for reading reference and may be subject to further proof-reading.



此教材是在欧盟 Asialink 项目下的一部分。欧亚大学间公共采购法教学和研究联盟的成员对此书的内容单独承担责任，在任何情况下不视为反映欧盟的立场。欧亚大学间公共采购法教学和研究联盟是由所诺丁汉大学领导，其它成员有：哥本哈根商学院、哥本哈根大学、中央财经大学（北京）和新疆财经大学，以及马来西亚大学。

These materials were produced with the financial assistance of the EU. **The contents of the materials are the sole responsibility of the members of the consortium involved in the EU Asia Inter University Network for Teaching and Research in Public Procurement Regulation and can under no circumstances be regarded as reflecting the position of the European Union.** The EU Asia Inter University Network for Teaching and Research in Public Procurement Regulation was led by University of Nottingham (Project leader: Professor Sue Arrowsmith) and the other consortium members are Copenhagen Business School, the University of Copenhagen, the Central University of Finance and Economics (Beijing), Xinjiang University of Finance and Economics, and the University of Malaya”.

Preface

This book provides a legal, economic and policy analysis of Public Procurement Partnerships. It is designed as a text for students at university level, but also for lawyers, procurement officials and policy-makers. The book consists of an EU, a WTO and a Chinese legal perspective. As explained on the cover page, the book was prepared as a part of a collaborative project in higher education, the EU Asia Inter University Network for Teaching and Research in Public Procurement Regulation 2009-2011, funded by the EU. This project involved several Universities in Europe and Asia and has sought to promote the sport the teaching of public procurement in Europe, Asia and globally. This text is one of five books produced under the auspices of project that are designed to be used as resources in the teaching of public procurement law and regulation. The main editors and chapter authors are listed below, but it should be recognised that the text is a collaborative effort of all the partners to the extent that it has benefited from input by, and discussion between, many different persons at the different partner institutions. In addition to the authors and editor mentioned below, the text has benefited from editing and proof reading by Laura Graham at the University of Nottingham and text assistance from Marie Pade Andersen, Cecilie Voss and Kim Jørgensen at Copenhagen Business School whose assistance the project would like to acknowledge gratefully.

The contents of the book are up to date as of August 2010. It has also been possible to include later developments in some parts of the book.

Editor(编者)

Christina D. Tvarnø

Authors (作者)

In alphabetical order (按照字母顺序)

Henrik Andersen (chapter 3)

Fuguo Cao, (chapter 5)

Christina D. Tvarnø, (chapter 1, 2 and 6)

Ping Wang, (chapter 4)

目 录

第一部分 前言	1
第一章 关于此书的介绍	3
1. 公私伙伴关系概述	3
2. PPP 一书的写作目的	3
3. ASIA LINK 合作	5
4. 本书的结构	5
5. 教学和研究	6
5.1 欧盟规则的法律分析	6
5.2 关于 WTO 的法律分析	8
5.3 英国法和欧盟法的法律分析	9
5.4 中国法的法律分析	9
5.5 经济的和政治的视野	10
第二章 PPP 概述	11
1. PPP 的背景分析	11
2. PPP 的经济背景	11
3. PPP 的目的	14
3.1 PPP 合同术语	15
4. PPP 项目中的结构和参与方	16
5. PPP 的不同类型	17
5.1 传统的工程或服务合同	19
5.1.1 服务合同	19
5.1.2 工程合同	19
5.2 BOT (建设—运营—转移)	20
5.2.1 服务和工程 BOT 合同	21
5.3 DBFO 特许经营	21
5.4 BOO (建设—拥有—运营)	21
5.4.1 BOO/PPP 合同	22
5.5 制度性的公私伙伴关系的定义——IPPP	22

6. PPP 背后的经济学.....	26
7. 公共采购法现状下的 PPP.....	27
第二部分 法律分析.....	29
第三章 PPP 和 WTO 采购法.....	30
1. 引言.....	30
2. WTO 法律和 PPP.....	31
2.1 PPP 和 WTO 成员国.....	31
2.2 WTO 及其法律特征.....	33
2.2.1 WTO 的目标.....	34
2.2.2 WTO 和政府采购法.....	35
2.2.3 规则导向.....	37
2.2.4 对 PPPs 和政府采购而言具备重要性的 WTO 法渊源.....	40
2.2.4.1 条约.....	41
2.2.4.2 习惯法.....	41
2.2.4.3 法律原则.....	43
2.2.4.4 判例法.....	43
3. GPA.....	45
3.1 引言.....	45
3.2 目标和原则.....	46
3.2.1 非歧视原则.....	46
3.2.2 国民待遇原则.....	47
3.2.3 对发展中国家的特殊和差别待遇.....	48
3.2.4 透明度.....	49
3.3 适用范围.....	50
3.3.1 附件：门槛价、实体、服务和工程服务.....	50
3.3.2 总备注.....	52
3.3.3 计算合同的估值.....	52
3.4 产品要求和其他限制.....	53
3.4.1 技术规格.....	54
3.4.1.1 技术规格.....	54

3.4.1.2 对技术规格的建议.....	55
3.4.2 原产地规则.....	56
3.5 程序.....	56
3.5.1 关于程序的一般性规则.....	56
3.5.1.1 公开招标程序.....	57
3.5.1.2 选择性招标程序.....	57
3.5.1.3 有限招标.....	58
3.5.1.4 谈判.....	60
3.5.1.5 参与对话的灵活性?	61
3.6 供应商的资格审查.....	63
3.6.1 条件.....	64
3.6.2 资格审查程序.....	66
3.7 授予标准.....	67
3.7.1 人权.....	70
3.7.2 环境.....	74
3.8 从对预采购的公告到授予阶段.....	77
3.8.1 预采购的公告.....	77
3.8.1.1 附件 1 中的公共实体.....	78
3.8.1.2 附件 2 和附件 3 所列公共实体.....	78
3.8.2 期限和截止日期.....	79
3.8.3 招标文件.....	80
3.8.4 处理投标.....	82
3.8.5 合同授予之后.....	82
第四章 欧盟公共采购规则下的公私伙伴关系.....	84
1. 引言.....	84
2. 相关欧盟采购规则概述.....	85
2.1 相关条约的规定.....	85
2.2 欧盟公共采购指令.....	86
2.3 委员会提供法律指导的活动.....	88
3. 由欧盟公共采购规则所规制的契约性 PPPs 的范围.....	89

3.1 欧盟公共采购指令下的特许经营.....	89
3.1.1 指令中对特许经营的定义.....	90
3.1.2 关于特许经营的指令中的现行规则.....	91
3.2 欧盟条约和欧盟法的一般性原则.....	92
3.2.1 关于自由提供服务的 TFEU 第 56 条.....	93
3.2.1.1 直接歧视服务供给者国籍的措施.....	93
3.2.1.2 对国内企业和来自其他成员国的企业同等适用但是具有 优惠国内企业效果的措施.....	94
3.2.1.3 对国内和非国内企业产生同等效果的措施.....	95
3.2.2 TFEU 第 49 条（以前的欧共同体条约第 43 条）.....	95
3.2.3 对欧共同体条约中自由流动规则的排除适用和限制.....	95
3.2.4 平等对待原则的适用.....	98
3.2.5 积极的透明度义务/责任的适用.....	98
3.3 欧盟采购指令下的其他契约性 PPPs.....	100
3.4 在欧盟条约和欧盟法律基本原则下的其他契约性 PPPs.....	103
4. 欧盟公共采购规则所涵盖的 IPPPs.....	104
4.1 欧盟公共采购规则下的 IPPPs.....	105
4.2 IPPPs 和“内部供应”的例外.....	105
4.2.1 “相似控制”测试.....	107
4.2.2 内部提供者的重要行为的目的.....	110
4.3 在公用事业指令中的 IPPPs 和“附属企业”和“合资企业”豁免.....	111
5. 授予程序和 PPPs.....	111
5.1 竞争性对话.....	112
5.1.1 适用该程序的情形.....	113
5.1.2 竞争性对话程序的规则.....	115
5.2 带通告的谈判程序.....	119
6. 结论.....	122
第 5 章 PPP 在中国.....	124
1. 引言.....	124
2. 最近的立法活动.....	124

3.对 PFI 项目的法律框架和主要的规制问题：中国现行条例的概述.....	126
3.1 规制的目标.....	126
3.1.1 利用私人资本 VS. 在基础设施部门的市场改革	127
3.1.2 平衡公共利益和私人利益：公共利益优先原则	128
3.1.3 消费者利益的保护作为首要目标？	130
3.2 特许经营的概念.....	130
3.3 条例的适用.....	132
3.4 政府职能的配置及其协调.....	133
3.5 选择程序.....	134
3.5.1 预选择阶段和准备期.....	134
3.5.1.1 一项特许经营项目的确定	134
3.5.1.2 项目实施方案.....	135
3.5.1.3 特许经营的类型以及特许经营权的范围	136
3.5.2 选择特许经营者的程序	136
3.6 特许经营协议的法律框架以及权利和义务的构成	138
3.6.1 权利和义务的平衡和构成.....	138
3.6.1.1 特许经营者的权利.....	138
3.6.1.2 特许经营者的主要义务	138
3.6.1.2.1 有效地提供基本的公共服务的义务	138
3.6.1.2.2 支付特许经营费和执行政府定价的义务	139
3.6.1.2.3 维护公共设施的义务	139
3.6.1.2.4 接受监督和披露信息的义务	139
3.6.1.3 政府的主要义务.....	140
3.6.2 特许经营的期限和延展	141
3.7 规制制度.....	141
3.7.1 规制者及其职责	141
3.7.1.1 规制者.....	141
3.7.1.2 规制者的责任.....	142
3.7.2 价格规制.....	142
3.7.2.1 价格的规制者.....	143

3.7.2.2 由政府定价.....	143
3.7.2.3 制定价格和形成价格的原则.....	143
3.7.2.3.1 成本补偿的原则.....	143
3.7.2.3.2 合理利润原则.....	143
3.7.2.3.3 与社会承受能力相适应的原则.....	144
3.7.2.3.4 节约资源的原则.....	144
3.7.2.4 价格审查和公开听证制度.....	144
3.7.3 规制工具.....	144
3.7.3.1 强制的信息公开和评估.....	144
3.7.3.2 强制性的行政执行措施.....	145
3.7.3.2.1 行政惩罚.....	145
3.7.3.2.2 采购当局和规制者的规制.....	145
3.7.3.3 公共参与的规制.....	146
4. 中国未来 PFIP 的新兴规制框架：当前的.....	147
4.1 规制目标.....	147
4.1.1 利益平衡目标的实现.....	147
4.1.2 自由市场经济的目标：确定 PFIP 和 SOEs.....	148
4.2 确定 PIP.....	149
4.3 授予程序：进一步的规制问题.....	149
4.4 公共服务提供者.....	151
4.5 规制制度.....	151
5. 小结.....	152
第三部分 经济学视角的分析 和对未来的建议.....	153
第 6 章 国际法律、经济和政治视角的 PPPS.....	154
1. 引言.....	154
2. PPP 合同的内容.....	155
3. 缺乏法定含义.....	157
3.1 欧盟公共采购目标.....	158
3.2 欧盟对 PPP 的法定含义.....	159
4. PPP 的经济学术语.....	161

4.1 作为 PPP 中重要因素之一的：合作	166
4.2 对有效率的 PPP 的解决方案	167
4.3 一种严密的 PPP 定义	168
5. 禁止谈判的问题	168
5.1 PPP，谈判和博弈论	170
5.2 合同法的视角	172
5.2.1 一项运行良好的 PPP 中的基本条款	172
5.3 PPP，谈判和法律政策的视角	175
5.4 对新 PPP 程序的建议	175
6. 竞争性对话——不是对谈判问题的解决方案	176
7. 对未来 PPP 的建议	177

第一部分

前言

第一章

关于此书的介绍

1.公私伙伴关系概述

在大多数国家政府及由政府部门联合控制的机构是所有货物的最大采购者——从基本的商品到高端科技设备。同时，要求给予本国供应商比外国竞争者更多优惠的政治压力也很大。

一般而言，国际贸易协议的关注点在于市场准入。但是，许多发展中国家已经开始反对因扩展非歧视性原则在采购领域的适用而发起的谈判。

公私伙伴关系在欧盟和中国都有了很长的一段历史，并且如今公私伙伴关系在许多不同类型的且正处于经济重要发展阶段的国家中获得了蓬勃发展。

通过运用 PPP (Public Private Partnership) 可以提供更多的资本，可以建立可选择的管理程序 (alternative management procedures) 和执行技巧 (implementation skills)，可为公民和公共区域提供增值，并且可以提供更好的需求的认定 (identification of needs) 以及达到资源利用的最优。¹

不管是国家层面的法律²还是欧盟法或者是 WTO，都有一些规则来特别规制 PPP 中与公共合同规则有关的方面。

现在扩展了 PPP 的市场，增强了公共部门和私人部门之间为了发展而进行的合作，以及在更广范的经济活动领域中运营基础设施。很多年前，PPP 的安排仅限于由满足投资需求的公共资金来推动，但是现在一般而言，PPP 同样也能够由促进公共服务的质量和效率日益增长的利益来驱动。

2.PPP一书的写作目的

¹ See European Commission, Guidelines for Successful Public-Private Partnerships, March 2003, p. 4.

² A few countries have enacted specific national rules covering PPP: Brazil enacted a PPP act in December 2004, designed to encourage investments for crucially needed infrastructure projects. See Law No. 11.078, D.O.U.31 Dec., 2004 and also C.V. Filho and J.B.Lee, Brazil's New Public-Private Partnership Law: One Step forward, Two Step Back. Journal of international Arbitration 22(5):419-426, 2005.

写 PPP 一书是为了分析和描述 UN/WTO，欧盟和亚洲地区关于 PPP 的规制规则，以及讨论 PPP 的经济的和规制的目的，以及欧共体采购规制和 PPP 之间的潜在冲突。

PPP 一书能够为关于 UN/WTO，欧盟和中国的 PPP 领域和公共基础设施的教学和研究提供一种资源。

这本书的目的同样在于在国际视野下、在欧盟和亚洲视野下描述 PPP 的背景以及评估 PPP 背后的经济合理性（economic reasoning）。本书的第一部分将建立一种在此视野下的分析框架，并且将解释 PPP 的目的。

PPP 项目都常基于一种经济基础，并且 PPP 的目的之一是提供一种新型的、更具效率的向市民提供基础设施的模型。PPP 是基于这样一种理念：来自私人部门的经验被用于基础设施项目将为成员国创建最优的和最具经济效率的模型。这一点将在此书的第一部分中进行讨论和分析。

这本书的目的还在于对 PPP 进行三种法律制度的分析。将从国际视野来分析和解释关于 PPP 的 WTO 和 GPA 的规则；欧盟关于 PPP 的采购规则也将在此书中被介绍和分析。来自英国的国内法的判例以及欧盟法院的判例将在法律分析中涉及。此书也将分析和解释中国的采购规则。

从国际的、欧洲的和亚洲的视角对 PPP 进行法律分析的需求很高。首先，因为从国际和欧洲法律体制的经验能够描述出亚洲采购规则未来的发展。其次，因为 PPP 在欧洲许多国家仍然是一种新型的发展的概念（newly developed concept），并且了解其有关信息和对某些问题进行澄清的需求也很高。并且，由于全球化和正在进行的国际贸易的发展，PPP 对国家、政府和组织以及公司而言存在着国际视野下的利益。本书将会在第二部分中分析这一问题。

最后，此书的目的还在于在国际视野下比较欧洲和亚洲的 PPP 的法律制度和政治经济状况。运用 PPP 能够促进社会发展，确保基础设施、建筑物、医院等的建设。十分有必要调查法律条款是严格限制，还是促进 PPP 的运用和发展。

一般采购规则和 PPP 所依据的经济基础之间存在着的冲突将在本书中以一种法律的视角进行讨论和分析。作为 PPP 的可选择方式之一（as an alternative to PPP）的特许经营权的有关问题将同样被讨论到。如果采购规则被过于严格的解释也将会成为一个问题。结果会导致 PPP 不再是经济的和有效率的。

此书将会讨论 PPP 法律和法规以及 PPP 与采购政策的制定，这些都是将对国内和欧盟的政策制定者、律师、采购官员和供应商十分有用的。本书的最后一部分（即第三部分）将会对此问题进行分析。

因此，本书将描述 PPP 是如何给工业和国家两者都带来一系列有利因素的（describe how PPPs can present a number of advantages to both the

industry and countries in general)。此书将介绍欧盟和中国以及适用 WTO 和 GPA 关于 PPP 的规则的国家对 PPP 的规制规则。通过增强对 PPP 制度安排的理解，政府和工业都将从 PPP 的优势中获利。此书的目的在于为最优的运用和理解 PPP 提供一种法律的、经济的和管理的技能。

3. Asia link 合作

PPP 一书是建立欧亚大学间联络的公共采购规制教学和研究项目的一部分。

该项目由英国的诺丁汉大学和丹麦的哥本哈根商学院，中国的中央财经大学和新疆财经大学以及马来西亚的马来西亚大学组成。

这些大学之间的研究项目的目的与以下方面存在着直接的相关性：确保高质量的基础设施，寻求健康、公用事业、医疗卫生等领域适合的公共服务以及反腐败。

有效的采购规制和对 PPP 益处的理解能够使得环境政策和采购相结合，利用竞争性市场的发展（对转型经济实体尤其重要），促进电子商业的发展，以及实现公民之间的平等（种族，性别等）。

研究项目将在亚洲和欧洲创造一种可持续性的采购规制方面的专家库。该项目将提供多层次的训练、研究和分散型结构（dissemination infrastructure）——这一结构首要目标是实现：学者和研究生群体作为传播者，向更广阔的政府采购共同体群体传播知识。该共同体将通过参会、阅读杂志和其他出版物，以及通过在政策制定过程中直接输入学术影响，而参与进来。

PPP 这一书来是在诸位研究者之间的合作之下完成的：来自哥本哈根商学院的 Christina D. Tvarnø（Post.doc）和 Henrik Andersen 博士，诺丁汉大学的王平博士，以及来自中央财经大学的曹富国教授。

4. 本书的结构

本书包括三个部分：第一部分，介绍；第二部分，法律分析；第三部分，讨论。

第一章介绍了本书的研究范围。从研究目的、研究框架和本书使用的研究方法方面进行了介绍。此章节是由 Christina D. Tvarnø 撰稿。

第二章介绍了 PPP 的概念，并描述了 PPP 的背景。此章节仍然探讨了传统的公共项目和 PPP 之间的不同之处。一个 PPP 项目是基于经济基础，作为传统的公共采购项目的可选择方案之一。PPP 的目标之一在于向市民提供基础设施活动的开展，提供一种新的有效的经济模型。PPP 是基于这

样一种理念：来自私人部门的经验被用于基础设施项目将为政府创建最优的和最具经济效率的模型。本章是由 Christina D. Tvarnø 撰稿。

第三章分析和讨论了 WTO 和 GPA 协议。此章由 Henrik Andersen 撰写。

第四章描述了欧盟和英国的采购规则。在欧盟，PPP 项目将属于这些采购规则的典型的适用范围，在此章中将介绍和分析欧共体采购规则及其对 PPP 的影响和启示。此章由王平撰写。

第五章中将介绍和分析中国关于 PPP 的规则。此章节中还将讨论到联合国贸法委的《关于私人融资的基础项目立法指南》（UNCITRAL Legislative Guide on Private Finance Infrastructure Project）。此章由曹富国撰写。

第六章中将在法律、经济和政治视角下讨论 PPPs。在此章中将从经济的角度讨论 PPP 的目标，并且讨论其同法律目标的关系。该章还将讨论国内规则，欧盟法和国际法如何能够支持 PPP 的经济理念和满足基础设施建设过程中对经济有效性和有效解决方案的需求。此章由 Christina D. Tvarnø 撰稿。

5. 教学和研究

PPP 一书将为从国际的、欧洲的和亚洲的采购视角对 PPP 领域和公共基础设施领域进行教学和研究提供一种资源。

PPP 一书将被参与机构用于其教学方案中。欧盟其他成员国和其他亚洲国家的学生也许同样能够从此书中获益。

PPP 一书将成为对学者和博士生有价值的基础性的国际资源。它为对 PPP 规则有兴趣的研究者和公司提供了一种重要的国际性工具。经济的和政治的解释也许可以有益于已经使用和考虑使用 PPP 的参与各方和国家。

PPP 一书将通过运用相应的方法来介绍不同的法律制度。

5.1 欧盟规则的法律分析

欧盟大多数成员国的国内采购法律是源于欧盟法——既包括了欧盟条约也包括与采购有关的采购指令。欧共体的采购法是以共同市场与消除成员国之间货物贸易壁垒和阻碍商业、劳动力以及资本的自由流动的壁垒为基础。共同市场背后的政治和经济的合理性是基于比较优势的经济理论。

3

³ See Krugmann and Obstfeld, *International Economics, Theory and Policy*, Addison-Wesley, 6th ed. 2003, part I.

欧共体公共采购法的目的在于确保一个开放的公共采购市场。⁴欧共体的公共采购规则适用于门槛价格之上的公共实体的采购活动。它们涵盖了所有的欧盟成员国，并且由于要遵循一系列的国际协议，所以其利益也扩展至世界范围内的一些其它国家。⁵

欧共体采购指令制定了公共采购的法律框架。指令适用于公共当局和公用事业单位寻求采购货物、服务和土木工程或者是建筑工程的活动。对 PPP 的重要性在于：在欧共体条约的原则和采购指令中规定的采购规则设置了一系列的规则和程序，在授予限额以上的合同之前都必须遵循这些规则和程序。欧共体规则并没有仅就 PPP 制定任何特殊的豁免性规则。⁶

在欧共体采购规则中存在着许多积极的因素。其一是消除政府腐败行为的可能性；其二是有效的政府采购是实现好的公共服务和好的政府的本质。

采购规则确保政府在以纳税人的利益来花钱时，适用的是最高的职业标准。这种采购程序确保了竞争作为公共部门采购和维持市场利益的基础——尤其是对于那些还不存在完善竞争的市场而言。

在不存在或者限制竞争的市场中，采购规则能够承受市场检测(*market soundings*)，准备采纳对市场能力和承载能力的要求，并且尽可能广泛地公告市场采购机会。

欧共体公共采购指令的目标在于确保公平和平等待遇，更好的采购实践，开放竞争和更低的价格。为了实现这些目标而必需遵循的原则是透明度原则、非歧视原则、平等对待原则、比例原则和竞争原则。

欧共体公共采购指令并不仅仅适用于欧盟的 27 个成员国。由于经谈判而达成的世界贸易组织 (WTO) 的政府采购协议 (GPA)，欧盟的公共

⁴ Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, (2nd ed., Sweet & Maxwell, London, 2005), p. 121. See also Sue Arrowsmith, "Public Private Partnerships and the European Procurement Rules: EU Policies in Conflict?" (2000) 37 *Common Market Law Review* 709-737, p. 709, and Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2nd ed., Sweet & Maxwell, London, 2005 and Michael Burnett, *Public-Private-Partnerships (PPP) – A Decision Maker's Guide*, Institut Européen d'Administration Publique, Maastricht 2008 and Simon Everts Hjelmborg, Peter Stig Jakobsen and Sune Troels Poulsen, *Public procurement law – the EU Directive on public contracts*, Copenhagen, 2006, and Ruth Nielsen, *Udbud af offentlige kontrakter*, 2005, Copenhagen and Michael Steinicke and Lise Groesmeier, *EU's udbudsdirektiver*, Copenhagen, 2008.

⁵ Where the Regulations apply, contracts must be advertised in the Official Journal of the European Union (OJEU), and there are other detailed rules that must be followed. The rules are enforced through the courts, including the European Court of Justice (ECJ). Even when a tender process is not required under the Directives, for example because the estimated value of a contract falls below the relevant threshold, EU Treaty-based principles of non-discrimination, equal treatment, transparency, mutual recognition and proportionality apply, and some degree of advertising, appropriate to the scale of the contract, are likely to be necessary to demonstrate transparency.

⁶ Christopher H. Bovis, *EU Public Procurement Law*, Elgar European Law, 2007, p. 52

采购指令也适用于一些其它国家。⁷在所有的成员国中关于 PPP 的法律现状是：PPP 是在公共采购法规制范围之内的公共合同。

5.2 关于WTO的法律分析

WTO 的政府采购协议（GPA）是到目前为止唯一的一个以政府采购为客体具有法律约束性的 WTO 协议。⁸现在适用的版本是于 1994 年乌拉圭回合谈判中确立的，并于 1996 年 1 月 1 日开始实施。⁹GPA 是由政府采购委员会管理的诸边协议，政府采购委员会则是由是 GPA 成员国的 WTO 成员国组成，并且应当承担协议下的权利和义务。¹⁰除了采购规则之外，GPA 还确保执行规则时遵循国际竞争的公平和非歧视原则。¹¹

在 WTO 法律之下还不存在着对 PPP 的法定含义¹²，即使一些 WTO 成员国就 PPP 提起了争诉，如关于基础设施项目。¹³鼓励 PPP 的重要的法律工具被公认为在 WTO 之中。¹⁴GPA 是基于透明度和非歧视原则。¹⁵所有的供应商应当有机会参与 PPP 型的采购或者是其他类型的公共合同的采购当中去。根据 GPA，政府应当确保公共合同是以非独断的方式授予的。

因此 GPA 是与在前文第二部分中介绍的欧盟公共采购法所基于的规则和原则相似。尽管与欧共体的公共采购指令相反，GPA 不是由同竞争性

⁷ These are Aruba, Canada, Hong Kong, China, Iceland, Israel, Japan, Republic of Korea, Liechtenstein, Norway, Singapore, Switzerland and USA.

⁸ At present the GPA is therefore the only international agreement on Public Procurement in force.

⁹ An Agreement on Government Procurement was first negotiated during the Tokyo Round and entered into force on 1 January, 1981. Its purpose is to open up as much of this business as possible to international competition. It was designed to make laws, regulations, procedures and practices regarding government procurement more transparent and to ensure that they do not protect domestic products or suppliers, or discriminate against foreign products or suppliers.

¹⁰ Government procurement is an important aspect of international trade, given the considerable size of the procurement market (often 10 to 15 percent of GDP) and the benefits for domestic and foreign stakeholders in terms of increased competition. Many WTO Members use their purchasing decisions to achieve domestic policy goals, such as the promotion of specific local industry sectors or social groups. Open, transparent and non-discriminatory procurement is generally considered to be the best tool to achieve 'value for money', as it optimises competition among suppliers.

¹¹ For example, governments will be required to put in place domestic procedures by which aggrieved private bidders can challenge procurement decisions and obtain redress in the event such decisions were made inconsistently with the rules of the agreement.

¹² See paper by Henrik Andersen, Global Telecommunication Services and WTO Law, www.cbs.dk/law.

¹³ See for instance Brazil, Trade Policy Review, WT/TPR/G/140 of 1st November, 2004, point 102; India, Trade Policy Review (revised), WT/TPR/S/182/rev. 1 of 24th July, 2007, point IV.5, 58, 132 and 179; Singapore, Trade Policy Review, WT/TPR/S/202 of 9th June, 2008, IV.25.

¹⁴ See Report of the Working Group on Trade and Transfer of Technology to the General Council, WT/WGTTT/9, report of 12th December, 2007, point 9.

¹⁵ Article III of the GPA.

对话相似的公共采购规则所组成。这意味着在 GPA 的适用范围之内，在 PPP 过程中对合作的特别需求以及参与方之间确定公共部门需求时开展的某种形式的谈判是不可能的。¹⁶

5.3 英国法和欧盟法的法律分析

在第四章中分析了欧盟公共采购法和英国公共采购法以及这些规则对 PPP 的影响。英国和欧盟的法律框架这间有差别，第四章将侧重于英国的法律模式，并且描述其与欧盟法之间的一致之处与相差别之处。

5.4 中国法的法律分析

这章是以曹富国教授所写的《中国私人融资的基础设施的采购法规制：对近期立法的回顾以及新兴规制框架》（发表在 public procurement law review 中）一文为基础进行的研究。¹⁷

在过去几年来中央层面颁布的一系列的鼓励性的政策来看，中国的私人部门的发展获得了动力。这章分析了其它一些问题，例如私人部门在传统的政府或者中国国有企业（SOEs）垄断的部门中怎样利用 PPP，以及中国的公共采购改革和规制的发展。

此章中还分析和涉及了联合国贸法委于 1994 年 6 月 15 日通过的《1994 联合国贸法委采购货物、工程和服务示范法》及其《立法指南》。《示范法》意识到规制服务采购的某些部分时的考量是不同于规制货物和工程采购时的考量。

联合国贸法委的《示范法》不是具有法律约束力的，但是却是中央政府在制定公共采购立法中可以利用的工具。在大多数国家公共采购占公共支出中很大的比例，并且 PPP 经常受这些法律的规制。并且，联合国贸法委的《示范法》是关于采购货物、工程和服务的立法条文的示范，而这些货物、服务和工程通常都是一个 PPP 项目的组成部分。

制定联合国贸法委示范法的目的在于建立实现公共采购过程的统一、公平和透明的程序，并且促进采购的有效性和竞争性，以促进经济发展的

¹⁶ See paper by Henrik Andersen, Global Telecommunication Services and WTO Law, www.cbs.dk/law.

¹⁷ C Fuguo, 'Regulating Procurement on Privately Financed Infrastructure in China: A Review of the Recent Legislative Initiatives and the Emerging Regulatory framework' (2007) 16(3) *Public Procurement Law Review* 147-173.

增长。制定关于采购服务的示范法的目的被法律、社会、文化制度所不同的各国所接受，这促进了国际经济关系的协调发展。¹⁸

联合国贸法委《公共采购示范法》并没有包含任何关于 PPP 的直接性规定。同时示范法也没有界定 PPP。

5.5 经济的和政治的视野

第六章分析了关于 PPP 的法律挑战以及法律制度。挑战之一是欧盟和 WTO 并没有意识到为了降低交易成本和增强立法水平的目的而对制定特殊 PPP 规则和明确 PPP 的定义的需求。例如，欧共体委员会所总结的，¹⁹在欧盟近期不会制定关于 PPP 的新规则或者指令。并且，欧盟委员会并没有考虑到某些欧盟成员国在 PPP 方面的有限经验，以及普遍缺乏透明度和对 PPP 的定义结果将导致更少的使用 PPP。

这种缺少对 PPP 的法律定义已经成为一个严重的问题。如今，PPP 已经在许多国家中使用。在不久的将来其它国家将会同样使用 PPP，但是一般看来，PPP 的授予是通过许多不同的方式实施的，这可能会导致公共部门的紧张，因为缺乏为公共采购的 PPP 项目设计统一的授予程序。

这导致了对如何以及何时使用 PPP 的不确定性，同时也带来了诉讼的高风险。在某些情况下，由于不确定性程度和交易成本非常高，可能不使用 PPP 会更为简单些。这可能会为 PPP 的适用带来一些隐患。在第六章中讨论了欧盟和 WTO 是否应当通过在高度规制的政府采购领域的透明度规则和统一性规制来鼓励使用 PPP。

¹⁸ See the notes to the preamble in The 1994 UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services, with Guide to Enactment was adopted by UNCITRAL on June 15th 1994.

¹⁹ Commission (EC), 'Communication on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Procurement and Concessions' (Communication) COM(2005) 569 final, 15th November 2005. Based on the analysis in SEC (2005) 629, Commission Staff Working Paper, Report on the Public Consultation in the Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law in Public contracts and Concessions, SEC (2005) 629, Brussels, 3.5.2005, section 3.1.

第二章

PPP 概述

1. PPP的背景分析

公私伙伴关系的安排是通过对公共性资金的限制以及通过促进公共服务的质量和效率的努力而具备吸引力。PPPs得到发展的部分原因在于公共部门的财政性资金的短缺，并且其体现了利用额外财力资源的能力，私人部门所固有的操作的有效性。²⁰PPP经常被运用于基础设施项目中，如交通、公共健康、教育和国家安全部门，以及提供广泛公共服务的部门，如通信、水厂、财政支持、创新性金融，普通公共服务、教育和研究。

在一般的法律制度中，PPP的特征可以被界定为²¹：公共当局和以合作为基础的私人参与方组成的联盟之间的一个长期的合同安排，目的在于提供一种机制来发展与重要性资产和服务有关的长期公共服务的供给。资产或者服务被委托给私人部门，以及部分或者全部资金来源于私人部门。后者意味着在PPP中私人参与方持有所有的股份并且处理所有的工程、运营和维持项目。²² PPP合同是，或者至少应当是，基于需求/功能而不是要求/具体的描述。

2. PPP的经济背景

²⁰ See Commission (EC), 'Guidelines for Successful Public-Private Partnerships', March 2003.

²¹ See Commission(EC), 'Green Paper on public-private partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions'(Green Paper). COM(2004)327 final, 30th April. 2004.

²² See Sue Arrowsmith, "Public Private Partnerships and the European Procurement Rules: EU Policies in Conflict?" (2000) 37 *Common Market Law Review* 709-737, p. 709, and Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, (2nd ed., Sweet & Maxwell, London, 2005), p. 415. See also European Commission, Green Paper On Public-Private Partnerships And Community Law On Public Contracts And Concessions. COM(2004)327 FINAL, BRUSSELS, 30.4. 2004.

PPP 源自于全球化的经济效应。²³全球化带来的首要的问题是在全球范围内由于竞争者的增加所带来的竞争的成本。在全球化市场上销售货物的成本在增加，并且使用信息技术的成本也在增加。

全球化使得维持市场支配力和市场占有率十分困难。由于因特网的存在，消费者能够获得各种类型的信息和所有类型的产品。一个公司不再仅同国内的公司之间开展竞争，其现在还同样需要与世界范围的公司之间竞争。无论其国籍是什么，消费者所接收的是相同的信息；他们想要同样类型的生活方式，并且需要同样类型的产品，这改变了市场的行为。²⁴

公司找到了参与合伙企业和战略联盟这种新的方式来竞争²⁵，并且他们通过创设合作的理念来开发新的商业战略类型。这种发展使得公司确保产品的高质量，降低研发、信息技术和销售及配送的成本，提高其竞争能力。

成立战略联盟的动机在于形成一种创造动力、合作和成员之间互相学习的商业安排。因此，首要协议与成功没有多少关系，而与适应市场的变化与消费者需求的变化适应性更为相关。²⁶

PPP 是由反映在公共部门中的全球化所促成的。结构性变化影响了公共财富。

*“在日益增长的国际化的世界中，福利国家不再将其自身视为拥有一个纯粹的国内角色，而是正越来越被迫以一个市场参与者的角色来行为。”*²⁷

政府对于市场机制的关注以及私有化的努力在某些国家的成功提高了对 PPP 的兴趣。²⁸欧盟成员国政府也存在着同私人部门一样的问题。所有成员国的市民都希望获得更高质量和更好的服务，但却想支付更低税收。在不同国家之间存在的新的经济挑战与私有商业所面临的挑战也是相同的。

公司已经找到了开展竞争和实现消费者需求的方式，并且政府需要找到以更高质量但是同时减少税收的方式来服务市民。因此，公私伙伴关系

²³ C. D. Tvarnø, Public private partnership in the European Union, *The New EU Public Procurement Directives*, ed. Ruth Nielsen and Steen Treumer (Ed.), pp. 183-194.

²⁴ K. Ohmae, 'The Global Logic & Strategic Alliances', *Harvard Business Review*, march-April 1989.

²⁵ Y. L. Dos and Gary Hamel, *Alliance Advantage, The art of creating value through Partnering*, (Boston, Massachusetts: Harvard Business School Press, 1998), Preface, p. 9.

²⁶ Y. L. Dos and Gary Hamel, *Alliance Advantage, The art of creating value through Partnering*, (Boston, Massachusetts: Harvard Business School Press, 1998), Introduction p. 15.

²⁷ R. Common, - *The east Asia region, Do public-private partnerships make sense?*, *Public-Private Partnership*, ed. Stephen P. Osborne, Routledge, 2000, p. 135.

²⁸ N. Pongsiri, *Regulation and public private partnership*, *International Journal of Public Sector Management*, vol. 15, no. 6, 2002, pp. 487-495.

（*partnering, partnership and Public Private Partnership*）已经与公共领域十分相关了。

PPP 的概念能够追溯到 20 世纪 60 年代，它是美国政府为了刺激私人部门向基础设施投资而发展的一个概念工具。²⁹这一理念在于保护公共利益的同时从私人部门处获得的投资潜力和增值价值。³⁰

20 世纪 70 年代的经济衰退导致政府寻求更多的通过外包的有效率的方式来提供服务和基础设施。特别是美国和英国在 20 世纪 80 年代对私有化运动的着迷。³¹国有企业公共资产的销售、外包、剥离的使用成为了在自由市场经济之下实现公共服务的方式。³²

在英国创设新型合同的方式的首次尝试是基于成本高、缺乏竞争和低质量的工程有关的问题。基于 Egan 报告的研究成果，工程领域利用了合作、谈判和 *common utility* 的合同的方式——*the partnering contract*（合作性合同）。在 1998 年，John Egan 先生在英国发表了《对工程的再思考（*Rethinking construction*）》报告³³。在这个报告中“*partnering*”代表着在工程建设领域一种新型的合同模型。英国政府相信为了创造更好的合同条款来支持更好的和更高效的建筑物，工程领域的改变是必需的。Egan 报告尤其关注于“倾向性”产品和合作，并且促进了 *partnering* 这一概念的发展。³⁴在报告中其建议建立一种具有约束力的协作合同可能并不一定是必需的。³⁵如今，无论如何，这一理念已经被抛弃了。在 2000 年，第一个 *partnering* 模型的协议以一种具有约束力的合同理念的方式被制定出来。

成员国政府需要新型的合作和合同安排，如今政府也正在使用这些类型的合同。这是为何 PPP 合同是基于参与方之间信任、合作和谈判的原因，并且在对合作的需求高时使用。

²⁹ See further R.S. Fosler (1986), Book Reviews, in *Public Administration Review*, Vol. 46, No. 4, pp. 364-365 and Nutavoot Pongsiri, Regulation and public private partnership, *International Journal of Public Sector Management*, vol. 15, no. 6, 2002, pp. 487-495.

³⁰ Carr, *The Canadian Council for Public Private Partnership*, 1998, <http://home.infoamp.net/.partners/exford.html>.

³¹ N. Pongsiri, Regulation and public private partnership, *International Journal of Public Sector Management*, vol. 15, no. 6, 2002, pp. 487-495.

³² D. F. Kettl, *Sharing Power, Public Governance and private markets*, Brookings, Washington DC. 1993.

³³ Sir John Egan, *Rethinking Construction*, Department of the Environment, Transport and the Regions, published the 16th July 1998.

³⁴ Sir John Egan, *Rethinking Construction*, Department of the Environment, Transport and the Regions, published the 16th July 1998.

³⁵ ‘Effective partnering does not rest on contracts. Contractors can add significantly to the cost of a project and often add no value for the client. If the relationship between a constructor and an employer is soundly based and the parties recognize their mutual interdependence, then formal contract documents should gradually become obsolete.’ See Sir John Egan, *Rethinking Construction*, Department of the Environment, Transport and the Regions, published the 16th July 1998.

3. PPP的目的

PPP合同的目的在于降低成本和价格，提高质量，减少风险和失败，促进合作，分担责任和能力。这些目标导致了合同内容的转变。

同其他方式相比较，如果拥有一个有效的执行结构以及如果公共和私人参与方之间能够在伙伴关系之内实现所有参与方的目标，那么PPP能够实现额外的价值。

PPP为在公共项目中涉及到的私人部门提供了广泛的选择空间，例如关于融资、物资增长、运营、运输和环境。在PPP的一种类型中，公共部门可以承担对融资、建设、运营和维持资产的所有责任，以及所有相关联的风险的责任。在另外一种PPP的类型中，私人部门可能承担所有的责任。绝大部分的PPP类型是处于中间的范围，有公共部门和私人部门依据其优势和弱势来分担风险和责任。³⁶

在后一种情形中私人参与者是对融资、设计、完工、执行、服务和维修负责。³⁷从长期来看在建设过程中降低服务和维修的成本的动力被改变了，因为PPP概念给供应商一种强制性的理由来实现在20年至30年内建设最低价的建筑物或者基础设施。

一般而言，传统的公共合同是基于要求和具体描述。为了实现目标，PPP合同专注于要求和功能，并且其必须建立在通过参与方之间的坦诚和合作而实现的信任与透明度之上。³⁸

欧盟委员会已经规定了一些建立PPP项目的理由：³⁹

- 在环境、基础设施和交通运输部门中的融资需求，以及依据准入的要求而升级和扩展网络，以及有效服务供给；
- 可支配性公共资金不足，并且国际机构能够涵盖这些成本。
- 为了获得与PPP有关的优势，例如：
 - 加快基础设施的提供；
 - 更快地执行；
 - 降低生命周期成本；

³⁶ European Commission, Guidelines for Successful Public-Private Partnerships, March 2003, p. 13.

³⁷ See European Commission, green paper on public-private partnerships and community law on public contracts and concessions. COM(2004)327 final, Brussels, 30.4. 2004..

³⁸ Another legal constellation in regard to PPP is the Institutionalised Public-Private Partnership (IPPP). See subsection 5.5. below in regard to a definition of an IPPP.

³⁹ European Commission, Guidelines for Successful Public-Private Partnerships, March 2003, p. 15.

- 更多最优的风险分配；
- 改善执行的激励；
- 改善服务质量；
- 在私人部门中产生额外收入；
- 转移责任和增强公共管理；
- 增加整体投资；
- 通过联合型公用事业来更有效率的利用资源；
- 通过联合型公用事业从公共部门资产中创造更多商业价值。

3.1 PPP合同术语

最后，所有这些因素能够构成PPP协议的主要范围，PPP协议的目的在于确保参与方之间形成联合公用事业实体（joint utility），以此确保以最低的价格获得最高效率的产品。

与传统的公共合同相比较，是供应商承担提供公共服务和运营的义务。PPP合同必须执行一段时间，这段时间与私人参与方收回投资的时间相等。这是PPP项目持续的时间长的主要原因。

通过以需求为基础——以学校项目为例，公共当局关注于学习战略、教育环境、学生学习能力的差异性等。这不同于传统的合同中的当事人。在传统的学校建筑的采购过程中，公共参与方应当关注于教室的数量，教室的面积大小，家具和设施的类型。在PPP中则把这些考虑留给了私人参与方。

公共采购法的内容具备相关性，因为PPP是关于公共参与方和私人参与方之间的关系。在许多国家这种类型的关系通常是属于公共采购法规制的范围之内。

在大约 20 年的时间内，欧盟的公共部门，如英国已经利用 PPP 作为传统公共合同的一种替代性方式，在大多数案例中具备相当的优势。⁴⁰PPP 的利用仍旧在增长。在公共采购法及其对 PPP 的影响方面，拥有 27 个成员国和 5 亿公民的欧盟是一个有相关性的国际立法机构。

⁴⁰ In Great Britain PPP is often used in construction and infrastructure projects. Some of the first PPP projects in Great Britain were arranged in 1996 by the Public Private Partnership Programme, the 4PS. The 4PS was initiated by the Local Authority Association in England and Wales and has all-Party support. It was launched in April 1996 with the purpose of identifying and assisting in delivering “pathfinder” projects in key sector areas, e.g. education, social services, IT, etc. to be used as models by other local authorities. See also www.4ps.gov.uk.

在关于PPP的绿皮书中，⁴¹欧共体委员会规定了某些要素来描述PPP的特性。一个PPP关系具有相当长的期限，并且涉及到公共参与方与私人参与方在计划项目内不同方面的合作。在某些情形下公共资金能够被注入到私有资金中去，但是大多数情况下由私人部门来承担融资的责任。

经济运行者在参与项目的所有不同阶段（设计、完成、执行、融资）扮演了一个很重要的角色。公共参与者主要集中于根据公共利益、提供的服务的质量以及价格政策的考虑来界定需要实现的目标，并且负责监督是否依照这些目标来执行。

公共参与者与私人参与者之间风险的分担不同。一般而言，如果对于交易和项目而言是有效率的，那么过去由公共部门承担的风险将转移给了私人部门。⁴²

4. PPP项目中的结构和参与方

当构建PPP框架时，私人参与方和公共参与方都能够对消费者和纳税人产生实质性利益。为了实现这些利益，参与方必须创造一种伙伴关系并且确保每个参与方说明其以最具经济效率的方式做得最好的是哪些方面。

为了实现物有所值目标的参与方之间的关系结构十分重要。这意味着，例如结构划分了项目的风险，因此风险由最有能力的参与方控制。

在一个PPP项目中私人参与方变成了服务和基础设施的长期提供者，而不再仅仅是运输上述资产的建设者。在一个PPP项目中为了提供公共部门需要的服务，公共参与者与私人参与者之间联合承担设计、建造、运营和可能的融资性资产(financing assets)。

与长期的提供者相协作导致了公共采购参与者承担了一种新的责任——日益成为与规制者有关的，关注于服务的计划、绩效监督和合同管理，而不再关注于直接地管理和服务的交付。

注意到这一点十分重要：在设计、建设和运营时期，公共实体在管理和规制PPP过程中有重要的角色需要扮演。PPPs还要求以有效地合同监督程序来确保依据质量和期限继续履行合同义务。⁴³

⁴¹ See European Commission, green paper on public-private partnerships and community law on public contracts and concessions. COM(2004)327 final, Brussels, 30.4. 2004., p. 3.

⁴² The Commission notes that a PPP does not necessarily entail that the private partner assumes all the risks, or even the major share of the risks linked to the project. The precise distribution of risk is determined case by case, according to the respective ability of the parties concerned to assess, control and cope with this risk.

⁴³ European Commission, Guidelines for Successful Public-Private Partnerships, March 2003, p. 17.

5. PPP的不同类型

如前所述，无论是国内法、国际法还是欧盟委员会立法都没有对PPP的法定含义。关于工程和/或服务的PPPs都被涵盖于公共采购法律法规的具体条文中。将在第六章中讨论法定含义的缺失这一内容。

欧盟委员会建议⁴⁴，“从PPP中辨别出特许经营权的普遍标准在于向私人部门转移风险的程度。这一标准也将允许界定不同类型的PPP以及相关的法律和选取私人参与者的方法。”

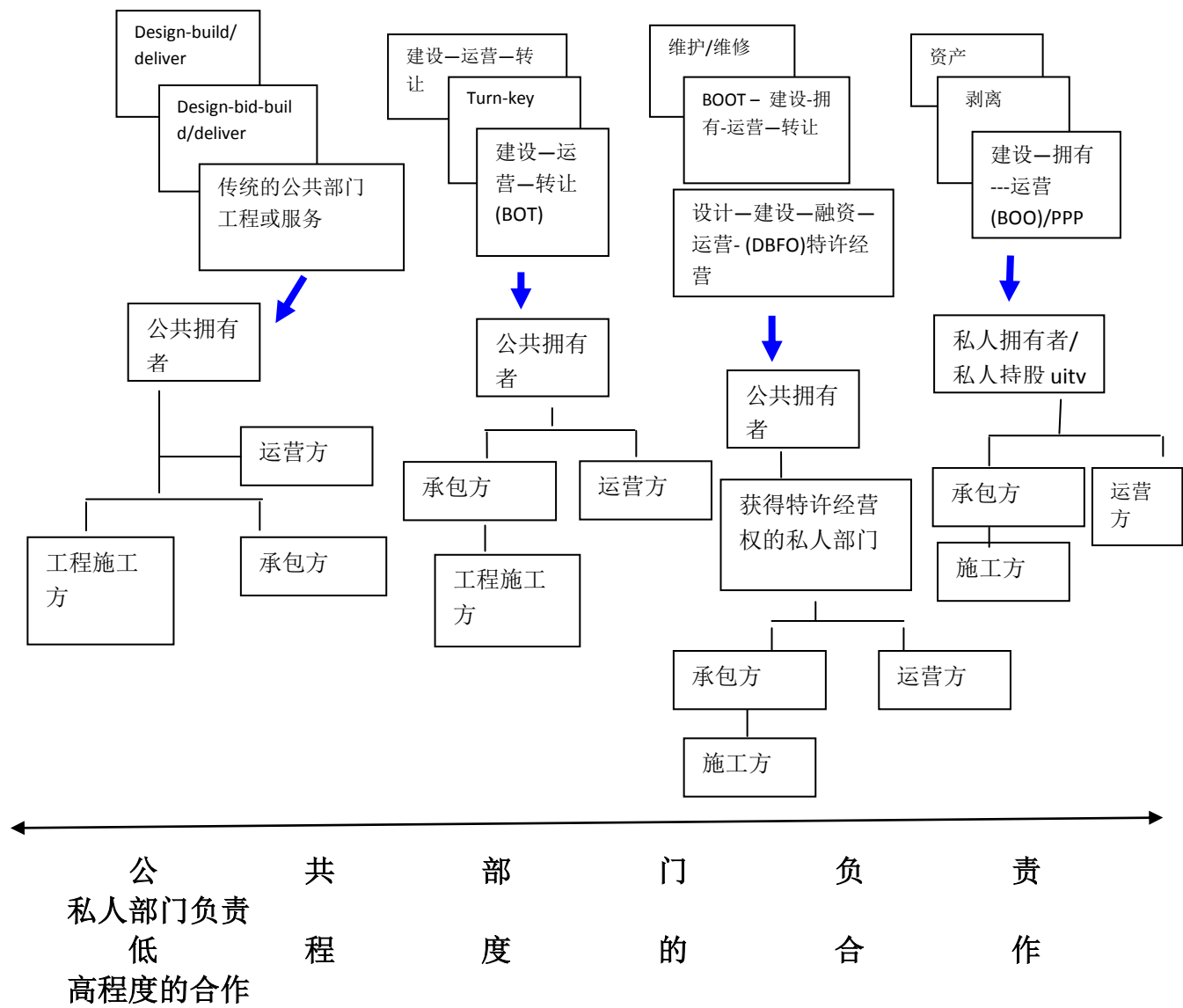
依据融资和法律形式，PPP结构的选择是无限制的，欧盟委员会认为所有的PPPs都能够得到界定，涉及到规制选择私人参与方的法规以及公共采购程序的选择和适用。⁴⁵

下列图表展示了不同类型的 PPPs。其中有一些体现了私人部门的最小的介入，有一些体现了私人部门最大的介入。

⁴⁴ Commission's Interpretative Communication on Concessions JOCE C/121 of 29 April 2000.

⁴⁵ European Commission, Guidelines for Successful Public-Private Partnerships, March 2003, p. 19.

PPP 的不同类型⁴⁶



⁴⁶ The figure draws inspiration from European Commission, Guidelines for Successful Public-Private Partnerships, March 2003.

18

5.1 传统的工程或服务合同

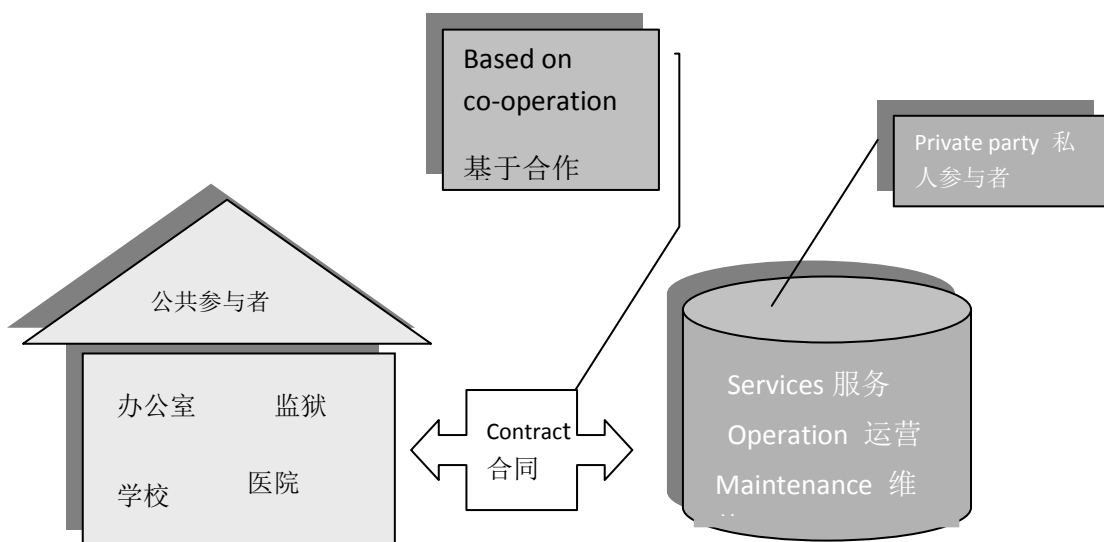
5.1.1 服务合同

为了完成具体的工作任务，公共当局能够同私人部门一起签订服务合同。服务合同适应操作性的要求，并且可能经常关注于采购、运营和新设备的维修。

这些工作能够包括运营、安装、维修和食品以及服务的运输、或者技术支持领域。这些服务合同的类型通常利用公共采购规则在竞争基础上授予，并且从较短期限的合同延长而来，如几个月至几年。

大多数公共伙伴关系的安排是建立在纯粹的合同基础之上的，这些合同基础意味着公共参与者与私人参与者之间并不建立公司。

公共伙伴关系关心的是服务的提供，例如清扫一所学校或者是一所医院，食品的提供或者是公共建筑的运营和维修，而并不关心建筑项目本身。



来源: C. Tvarnø⁴⁷

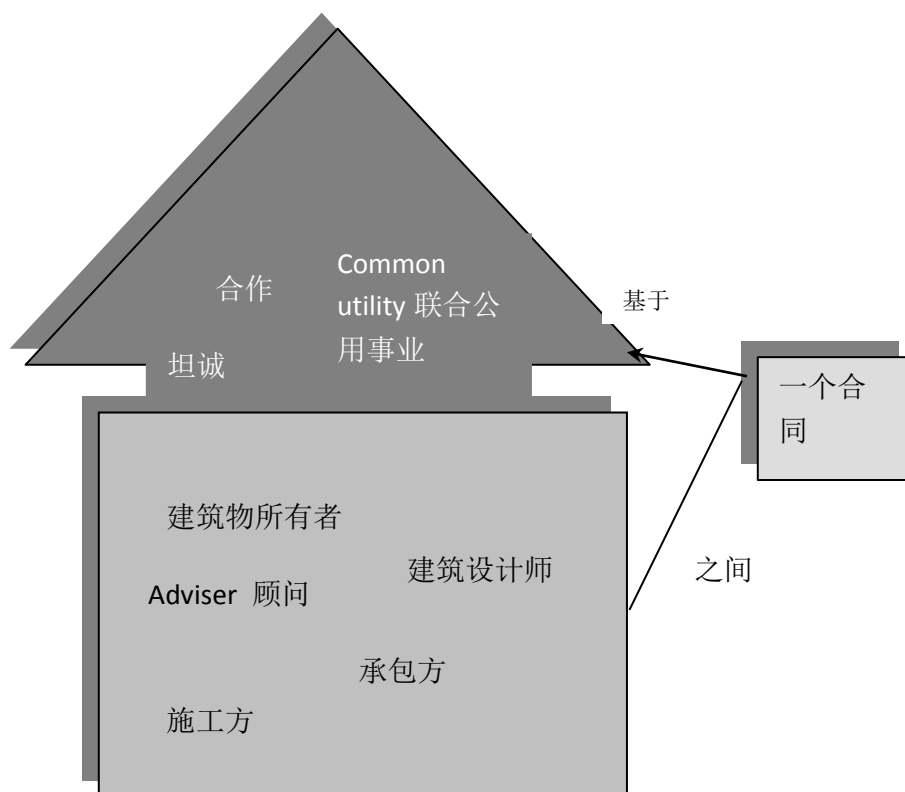
公共参与者和私人参与者之间的服务合同是建立在高度合作的基础之上。⁴⁸公共参与者从私人部门的特殊专长、管理安置职工问题，实现潜在的成本节约等方面获益。但是所有的管理和投资责任都仍旧由公共部门承担。

5.1.2 工程合同

⁴⁷ Christina D. Tvarnø Public private partnership in the European Union, *The New EU Public Procurement Directives*, eds. Ruth Nielsen and Steen Treumer (Ed.), pp. 183-194.

⁴⁸ Christina D. Tvarnø Partnering mellem offentlige myndigheder og private virksomheder. *Julebog* 2003, p. 249.

一个建立在 PPP 和合作基础之上的工程合同不同于传统的工程合同。通常，在传统的工程合同中建筑物所有者、顾问、建筑物的承包者和建筑设计者以及施工者和其他供应商之间往往存在着 4 至 5 份合同。



来源: C. Tvarnø⁴⁹

在伙伴性安排中正如前述图表中所示，所涉及的参与方之间仅存在着一份合同。所有的五个或者是更多的参与方都涉及到一个招标投标活动。通过合作，他们致力于寻找到最优的和最低价的解决方案，并且他们还分担履行的责任。

合同的履行是基于需求而非建筑物所有者的要求，因此伙伴性合同并不准确的阐述参与方应当履行什么，而是规定其将要如何去做。

5.2 BOT（建设—运营—转移）

在BOT的建设—运营—转移项目中，在合同关系中具备了同样的功能，但是BOT中更多的责任被转移给了私人参与者。

⁴⁹ Christina D. Tvarnø, Public private partnership in the European Union, The New EU Public Procurement Directives, ed. Ruth Nielsen and Steen Treumer (Ed.), pp. 183-194.

通过将涉及到设计、施工和运营单一设备和一系列资产的责任转移给私人参与者，在BOT中伙伴关系更为统一。

BOT概念将通常情况下分离的功能结合起来——设计、建设和维持——在同一单独实体之下，这样提高了效率。项目的设计可以与项目将使用的设备和材料相结合起来考虑。

与公共采购法下更为传统的公共合同相比较，BOT中的承包方要求实现建立起一种长期的维护项目，并且评估相关的成本。

从承包方了解具体的项目设计和材料使用知识中获益，这使得一项量身制定的项目终身维护计划得到了发展，这种维护计划可以预期和解决其发生的需求，因此可以降低未被告知和未被关注的问题产生的风险，以及防止其问题更为恶化。

5.2.1 服务和工程BOT合同

在基于PPP原则而签订的既包括服务又包括工程的合同中，公共参与方为了同私人参与方利用和分担某些特别的服务或运营的责任，而同私人参与方进行合作。能够通过以激励为基础来支付给服务的提供者或者是承包方对价，例如可以在达到了某些特定的服务水平或者是绩效目标的情况下获得奖金。

合同包含更为广泛的涉及到一系列设备的管理的范围，并且必须提供好的机会以鼓励未来公共部门和私人部门的参与。

5.3 DBFO 特许经营

设计—建设—融资—运营（DBFO）安排是基于特许经营的理念。一项特许经营是基于这样一个理念：最终的价款是由使用者支付，并由政府、其他授权人提出财政支持的水平，并且特许经营权人有能力实施该项目。

一项特许经营权协议能够使得一个私人投资参与者融资、建设和运营一个收费的基础设施项目，作为交换其有权利在某个特定时间内收取相关的费用。特许经营项目通常持续25至30年或者更长的时间，并且通常情况下在公共采购法的框架下和竞争性招投标的条件下授予合同。

5.4 BOO （建设—拥有—运营）

BOO（建设—拥有—运营）的概念大多数情况是PPP的情形下使用。

BOO/PPP 的履行关注于咨询、设计和建筑设计、工程、服务、运营和维护。

BOO/PPP的期限通常长达25-30年，并且由私人参与方负责投资。

BOO/PPP 结合了经常使用的工程合同（在前文中已经讨论过）和服务合同。在大多数国家 PPP 工程和服务合同的适用范围很广，并且往往效果好。涉及建筑的协议和涉及服务的协议两者都是基于这样一个事实：所有的投资都来源于公共参与者，其支付给私人部门建设或者供应的对价。

BOO/PPP 关系是工程和服务协议两者的结合，也是私人融资和私人所有关系的结合。

在一项 BOO/PPP 协议中私人参与者在建设和服务方面的给予全额投资。

参与者之间的合同和协议是基于这样一个理念：当事人使得联合公用事业而不是由其各自所有的公用事业实现最优，并且通过公开账簿等分享所有的信息。建立在合作、互信和要求之上的关系有利于创造最优的和最有效率的产品。参与者之间仍然分享责任和损失的成本。

5.4.1 BOO/PPP合同

BOO/PPP 协议的基础是合作，这种合作影响到了合同的内容。在一个 BOO/PPP 合同中参与方受到以下义务的约束⁵⁰：

- 参与方使得交易最优，这意味着它们须使得联合公用事业最为优化而非其自身拥有的公用事业；
- 参与方之间需要分享信息。它们必须公开账簿和账表；
- 关系是建立在合作和互信的基础之上；
- 在刚开始时参与方不知道最终的产品。相反，必须注重公共参与方的需求。
- 过程比最终的产品更为重要，因为过程有利于创造最好的和最有效率的产品；
- 参与方之间分担责任和成本损失。

5.5 制度性的公私伙伴关系的定义——IPPP

依据欧共体法律，IPPP 或者是一种由公共当局和私人参与方，为了公众的利益而确保服务工程任务顺利完成时所组建的共同所有（jointly held）

⁵⁰ Christina D. Tvarnø Nogle særlige karakteristika ved partnering aftaler i byggebranchen, UFR nr. 45, 8. november 2003, p. 366 and Christina D. Tvarnø Partnering - En aftaleretlig udfordring, RETTID 2002, p. 74.

的法律实体；或者 IPPP 是在私人参与者收购了既存的公共企业的某些股份的情形下而建立起来的。⁵¹

在上述两种情况下，私人参与者将拥有法律实体的部分股权或者控股权。⁵²

除了股份之外，公共参与者和私人参与者的投资都十分积极，参与到公私共同所有类实体的所获得的合同的运营中，参与到合资公司的管理中。

欧盟委员会在 COM(2004)327 中解释道，一个 IPPP“涉及到了公共参与方和私人参与方合资实体的建立。”⁵³通过改变与工程或者服务有关的项目的投资结构，政府能够向市民提供原本不可能提供的一项工程或者服务。同时，一个 IPPP 能够确保更有效率的服务和使得基础设施项目建立在以公共需求、公私共同融资、风险和在参与双方的有效率的转变基础之上。⁵⁴

当私人参与方参加到 IPPP 中时，则适用欧共体的规则。依据欧盟委员会的意见，无论是公共采购指令或者是普通的欧共体条约原则都适用于选择私人参与方的程序，具体的适用条款则取决于 IPPP 所涉及的任务的性质（公共合同或者特许经营）。⁵⁵

当设立 IPPP 和同 PPP 签署协议时只要任务属于采购指令的规制范围，欧共体的采购规则也同样必须适用于公共当局。

不能够因为声称 IPPP 任务是一种内部供应（in-house）而豁免适用欧共体采购规则和原则。当公共当局持有 IPPP 部分资本，并且一个或者多个私人参与方同样也持有 IPPP 部分资本时，IPPP 则被定义为一种在法律上区别于公共当局的公司。

⁵¹ In the Commission's interpretative Communication C(2007)6661, the Commission understands an IPPP as "a co-operation between public and private parties involving the establishment of a mixed capital entity which performs public contracts or concessions." Thus, an IPPP can be set up in relation to a public task, either by creating a jointly held entity or in situations where the private party takes control of an existing public undertaking.

⁵² An IPPP can also be described as a joint venture company as defined in Sue Arrowsmith, "Public Private Partnerships and the European Procurement Rules: EU Policies in Conflict?" (2000) 37 Common Market Law Review 709-737, p. 720.

⁵³ Commission(EC), 'Green Paper on public-private partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions'(Green Paper). COM(2004)327 final, 30th April. 2004.

⁵⁴ Considering the positive effects from setting up an IPPP, it is remarkable that the number of IPPPs is very low in some Member States.

⁵⁵ Thus, Community law is neutral as regards whether public authorities choose to provide an economic activity themselves or to entrust it to a third party. See also European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Procurement and Concessions*, COM(2005)569, Brussels, 15.11.2005, section 1.

在 *Stadt Halle* 一案中⁵⁶，欧盟法院总结到：当采购当局打算同一个在法律上区别于其自身的公司订立合约（与采购指令所规制的服务有关的）⁵⁷时，必须总适用指令。这类公司属于公共当局和一个或者多个私人企业共同持股。⁵⁸

欧盟法院因此清楚的定义到，私人资本投资于一个企业是根据追求适当私人利益和其他目标来考量，而不是追求公共利益的目标来考量和要求。⁵⁹如果不通过招标投标的方式，而将公共合同授予给不完全公共所有的公司，依据欧盟法院的判例，这将有碍自由和不损害竞争原则以及平等对待原则。⁶⁰

如果任务属于采购指令的规制范围，并且 IPPP 没有合法的开展采购行为，那么相对于其竞争者而言 IPPP 获得优势，这将有碍自由和不损害竞争原则以及平等对待原则。⁶¹

欧盟委员会公布了一项委员会的解释——C（2007）6661⁶²，依据该项解释将可以澄清“游戏规则”。欧盟委员会总结到，欧盟委员会解释的目的

⁵⁶ Case C-26/03, *Stadt Halle and RPL Lochau*, (2005) E.C.R. I-00001. In the *Stadt Halle* case the ECJ concluded, in regard to the in-house situation, that the Directive must always be applied when a contracting authority intends to conclude a contract for pecuniary interest relating to services within the material scope of the procurement Directive (The ECJ referred to the Directive 92/50 in the *Stadt Halle* case, but this also applies for the 2004/18 Directive) with a joint company, as e.g. an IPPP. This means that the IPPP can only be awarded a public contract if the joint company wins the contract in a competition under the procurement rules. See also Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2nd ed., Sweet & Maxwell, London, 2005), p. 392.

⁵⁷ The ECJ referred to the Directive 92/50, but this must still be the case concerning Directive 2004/18.

⁵⁸ This means that in this situation the public award procedures laid down by the Directive must always be applied; see the *Stadt Halle* case, Paragraph 52.

⁵⁹ *Stadt Halle*, Paragraph 50.

⁶⁰ *Stadt Halle*, Paragraph 51.

⁶¹ The only exemption to the main in-house rule in the *Stadt Halle* case is, according to the ECJ, if the public authority can perform the tasks conferred on it in the public interest by using its own administrative, technical and other resources without being obliged to call on outside entities. In an IPPP this situation will never be relevant, since the public authority will always call upon external entities, as this is the aim and purpose of setting up the IPPP. Thus, it follows from Paragraph 49 in the *Stadt Halle* case that if the public authority itself performed the tasks in the public interest for which it is responsible by its own means, without calling upon external entities, the EC rules do not apply. The ECJ referred to *Parking Brixen*, Case C-458/03, (2005) E.C.R. I-8585, Paragraph 61, second part.

⁶² European Commission, *The Commission Interpretative Communication on the Application of Community Law on Public Procurement and Concessions to Institutionalised Public Private Partnerships (IPPPs)*, C(2007)6661, Brussels, 5.2.2008

在于增强法律的确定性和消除认为一般而言采购规则和欧共体法律会使得 IPPPs 失去吸引力或者不能够执行的认识。⁶³

问题在于这是否是一个最好的解决方案，并且这种方式是否能够成功。发布关于 IPPP 的欧盟委员会 C（2007）6661 解释的原因是，认识到了成员国法律在涉及到私人参与方情形时的不确定性，和 IPPP 不遵守欧共体法律的风险。⁶⁴

依据欧盟委员会的解释 C（2007）6661，欧盟委员会不认为在实践中应当适用双重的招标投标程序。欧盟委员会这样解释欧盟法：一个招标程序已经足够，当设立 IPPP 选择私人参与方时程序可以适用。⁶⁵

在 IPPP 中私人参与方的选择程序，要么适用公共采购指令要么适用欧盟条约中的原则。因此，IPPP 必须通过公平和透明的程序来建立。

在 C（2007）6661 中欧盟委员会推荐到，投标邀请函中应当包含以下信息：未来授予给公私合营实体的公共合同，公司章程，股权协议，管理采购实体和私人参与方之间契约关系的所有因素，以及关于任务的所有未来可调整之处。

因此，当建立一个 IPPP 时，不需要为选择私人参与方参加 IPPP 制定一个特别的程序，并且也不需要建立 IPPP 之后为向其授予公共合同而制定其他程序。⁶⁶

IPPP 的法律定义的缺失是一个问题，因为欧共体法并没有考虑到在一个成功的 IPPP 中合作是一个重要的工具。参与双方都必须影响到 IPPP 项目。尽管公共采购规则阐述到：在招标投标程序中公共参与方设置了所有

⁶³ Rhodri William, “The Commission Interpretative Communication on the Application of Community Law on Public Procurement and Concessions to Institutionalised Public Private Partnerships (IPPPs)”, (2008) 17, *Public Procurement Law Review*. Issue 4, NA116.

⁶⁴ This legal uncertainty and risk can discourage both public authorities and private parties from entering into an IPPP at all. This risk constitutes a problem since public authorities at all levels are interested in types of co-operations with the private sector, and this interest is increasing in the Member States. The interest in constructing IPPPs is increasing because of national needs for ensuring infrastructure and services; see European Commission. MEMO/08/95. *Public Procurement: Commission issues guidance on setting up Institutionalised Public-Private Partnerships – Frequently Asked Questions*, Brussels, 18th of February 2008. The IPPP interpretation communication therefore sets out the Commission’s understanding of how the Community provisions on most types of public procurement and concessions are to be applied to the funding and operation an IPPP as a legal guidance to the Member States. The Interpretation communication does not create new rules concerning IPPPs; it only reflects the Commission’s understanding of the rules in the procurement Directive and the EC treaty, and the relevant case law by the ECJ.

⁶⁵ See Commission(EC), IP/08/525. ‘Public Procurement: Commission issues guidance on setting up Institutionalised Public-Private Partnership-Frequently Asked Questions’, (Memo) MEMO/08/95, 18th of February 2008.

⁶⁶ The Commission concludes in COM (2007)6661 that simple capital injections made by private investors into publicly owned companies do not constitute an IPPP.

的条件并且在合同授予之后其中仅有少部分能够被改变，否则必须建立新的程序。

这些规则并不支持合作的理念和重要因素（key element）。欧盟委员会并不将下列因素考虑在内：PPPs 和 IPPPs 在都在合作和产出方面十分具备特性，但这些特性没有体现在欧盟公共采购规则中。

对合作缺乏了解以及参与方之间对谈判的需求是一个棘手的问题。目前法律将平等对待、透明度和自由流动这些欧盟所有的基本性原则放在首要位置。但是必须同样给予市民、私人参与者和公共当局实现最具效率的协议以及 IPPP 产出的可能性。

在本书的第六章中将对缺乏法律定义和禁止谈判进行分析和评论。

6. PPP 背后的经济学

只要参与方之间通过组织项目能够获得更大的经济效益，那么伙伴关系就能够发挥其作用。

关于 PPP 合同的一个重要的目标是确保通过合作、坦诚、互信、谈判、需求而非要求以及分担责任来实现共同公用事业（联合公用事业？与 joint utility 是什么关系？）正如 McQuaid 所言：

“利用伙伴关系的主要假设是，参与者在玩的不是总收入为零（或者总处于恒量）的游戏。通过合作，在既定资源水平下总产出是增长的。”⁶⁷

如果参与方之间不允许彼此谈判和合作，那么就不可能实现共同公用事业：更好的和更廉价的产品。本书将在第六章中更详细地讨论此问题。

通过改善的合作，伙伴关系能够使得联合和个别效率得到增长。⁶⁸因此，正如在合同中体现的，目标是：

- 降低成本和价格；
- 提高质量；
- 降低风险；
- 减少失败；
- 改善合作；
- 参与方之间分担责任（share capacity）。

⁶⁷ See also Ronald W. McQuaid, “The theory of partnerships: why have partnership?”, in S.P. Osborne (ed), *Public-Private Partnership: Theory and Practice in International Perspective* (London: Routledge, 2000), p. 19.

⁶⁸ R. McQuaid, “The theory of partnerships: why have partnership?”, in S.P. Osborne (ed), *Public-Private Partnership: Theory and Practice in International Perspective* (London: Routledge, 2000), p. 21.

这些因素可能最后减少了税率，并且伙伴关系的结果太好了而使得政府不能够忽视。通过获得这些优势，当事人允许每一个参与方从伙伴关系中获益，同时仍然保持伙伴关系自治。当公共当局处于城市化经济发展的时期，以创造财富、可持续性、社会安全和就业时，这些都是十分重要的问题。⁶⁹

7. 公共采购法现状下的PPP

作为伙伴型合同和PPP合同的公共采购合同通常属于公共采购法的适用范围之内。国内法律⁷⁰和欧盟法律都不存在着在公共合同方面专门规制PPP安排的法律规则。欧盟公共采购法是以共同市场、消除成员国之间货物贸易壁垒和消除阻碍商业、劳动力和资本的自由流动的壁垒为基础。⁷¹

共同市场背后的政治和经济原因是以比较优势经济理论为基础的。⁷²

公共采购法的目的在于确保开放公共采购市场。⁷³公共采购法的规则适用于公共实体的购买行为。公共采购指令制定了公共采购的法律框架。当公共当局和公用事业实体采购货物、服务和民用工程或者是建筑工程时，适用这些法律、指令和示范性法律。对于PPP而言十分重要的是，公共采购法的原则为授予PPP合同设置了必须遵守的规则和程序。

公共采购法具有一系列的目标，如减少腐败以及提高公共服务的效率，构建好的政府。采购规则确保政府在以纳税人的利益花费时，适用最高的职业标准。

竞争是公共部门采购过程中的一个重要的基础。同样维持市场利益或者是市场创新力也是公共采购规则的重要因素。在不存在或者限制竞争的市场上，采购规则能够承担市场的检测（undertake market soundings）。

⁶⁹ See also R. McQuaid, “The theory of partnerships: why have partnership?”, in S.P. Osborne (ed), *Public-Private Partnership: Theory and Practice in International Perspective* (London: Routledge, 2000), p. 25.

⁷⁰ A few countries have enacted specific national rules covering PPP: Brazil enacted a PPP act in December 2004, designed to encourage investments for crucially needed infrastructure projects. See Law No. 11.078, D.O.U.31 Dec., 2004 and also C.V. Filho and J.B.Lee, *Brazil's New Public-Private Partnership Law: One Step Forward, Two Steps Back*. *Journal of International Arbitration* 22(5):419-426, 2005.

⁷¹ Thus, a public contract depends on the respect of the procurement rules, the respect of the fundamental principle of competition concerning equal access to the market, the ban on anti-competitive agreements, and economic and financial equilibrium of the projects.

⁷² See Krugmann and Obstfeld, *International Economics, Theory and Policy*, Addison-Wesley, 6th ed. 2003, part I.

⁷³ Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, (2nd ed., Sweet & Maxwell, London, 2005), p. 121, Christopher H. Bovis, *EU Public Procurement Law*, Elgar European Law, 2007, p. 52 and Michael Burnett, *Public-Private-Partnerships (PPP) – A Decision Maker's Guide*, Institut Européen d'Administration Publique, Maastricht.

公共采购法的其他目标是：确保公平和平等对待，更好的采购实践，开放竞争和更低的价格。实现这些目标的基本原则是透明度原则、非歧视原则、平等原则、比例原则和竞争原则。本书将在后面讨论和分析这些目标。

第二部分

法律分析

第三章

PPP 和 WTO 采购法

1. 引言

世界贸易组织（WTO）的目的在于促进货物和服务的全球流动。如今，“全球化”一词已经成为了一个使用广泛的词汇，用来描述不同的全球性交易，包括经济交易。⁷⁴在 WTO 的文本中，“经济全球化”被定义为全球货物和服务贸易的统一化过程和为外商直接投资开放边境的过程。⁷⁵全球化对 PPP 产生了影响。一个私人企业可能对同外国政府的公共实体之间建立伙伴关系有兴趣，或者一个国家可能对通过 PPP 吸引外商投资感兴趣。

本章关注于 WTO 的政府采购规则。正如在第二章中讨论的，为了确保市场的透明、非歧视和竞争，政府采购法与 PPPs 具有相关性。规制 PPP 和政府采购的国际规则是必要的。例如，在发展中国家，PPP 的复杂特征为潜在的私人供应商向政府机构贿赂提供了可能性。⁷⁶ WTO 规则关注国家之间的国际贸易，并且 WTO 的采购规则促进了供应商参与外国政府的采购，但是同时它们也确保了采购过程中的透明度以消除腐败。

WTO 的采购规则仅仅适用于跨境贸易，而不适用于国内贸易的情形。WTO 的规则仅仅在 WTO 的成员国对从其他 WTO 成员国进口货物或服务施加贸易壁垒时适用。例如，如果欧盟的公共实体想要签定一个 PPP 安排，WTO 关于政府采购的规则提供给像新加坡这类国家的投标者非歧视的待遇。WTO 规则在国内贸易的情形下将不适用。例如，新加坡政府对其内部的产品强加某种限制，但是没有影响到类似产品的进口，因此这种情形下将不适用 WTO 规则。

与拥有 153 个成员国的 WTO 基本法律框架相比较，WTO 的政府采购规则仅拥有少量的成员国。并且，WTO 政府采购规则的成员国都作出了不同的承诺。例如不同的成员国在 WTO 政府采购规则对货物和服务的适用

⁷⁴ See more about the concept of ‘globalisation’ and global regulation in L. Boule (2009). *The Law of Globalization – An Introduction*. Kluwer Law International, The Netherlands.

⁷⁵ See the World Trade Report 2008, p. 15.

⁷⁶ OECD (2010). *Ensuring the Efficient Use of Public-Private Partnerships in MENA Countries*, OECD Governance, Vol. 2010, no. 8, pp. 210-233 at p. 218.

范围方面做出了不同的承诺。WTO 关于政府采购最为核心的规则是政府采购协议（GPA）。在分析与 PPPs 相关的 WTO 的采购法时，GPA 是一个主要的重点。

为了对 GPA 有一个全面的了解，对 GPA 的分析必须包括对 WTO 内容和国际公法的内容的整体性分析。GPA 是在 WTO 的框架之下的，WTO 的框架包括了 WTO 的基本原则以及 WTO 的争端解决机制。尽管如此，不能够认为 WTO 与国际公法之间的关系是一种孤立的关系。包括 GPA 在内的 WTO 协议应当依据国际公法的惯例规则来解释，并且国际公法填补了 WTO 协议之间没有解决的空白。⁷⁷

问题在于是否 GPA——在现在适用的版本中——能够满足 PPPs 适用的要求。一个重要的挑战是参与的成员方较少，特别是发展中国家和最不发达国家都还没有签署 GPA。

本章将要分成两部分。第 1.2 部分是关注于作为一个法律制度的 WTO。WTO 在很大程度上是基于国家之间的条约，并且必须结合国际公法的内容进行观察。第 1.3 部分关注的是 GPA。

2. WTO法律 and PPP

2.1 PPP和WTO成员国

一些 WTO 的成员国在基础设施和通讯项目中使用 PPPs。例如，在孟加拉国，鼓励私人参与者对公共基础设施项目进行投资。⁷⁸印度尼西亚执行了关于饮用水供应的 PPP 项目。⁷⁹澳门在能源部门中使用 PPPs。⁸⁰在蒙古，政府通过签订 PPP 安排而促进了信息和通讯基础设施的发展。⁸¹缅甸宾馆和旅游观光部已经在缅甸旅游观光的市场营销行为方面增强了对 PPPs 的运用。⁸²菲律宾已经颁布了《建设—运营—移交法》来吸引私人向

⁷⁷ See more in section 错误！未找到引用源。。

⁷⁸ Government of the People's Republic of Bangladesh Ministry of Finance, 'Country Paper on Infrastructure Development with Focus on Public-private partnerships', 2007, p. 9, at <http://www.unescap.org/ttdw/ppp/countryreports.html>.

⁷⁹ Country Paper on Public-private partnerships for Infrastructure Development in Indonesia, 21 July 2007, p. 17, at <http://www.unescap.org/ttdw/ppp/countryreports.html>.

⁸⁰ Country Report on Infrastructure, Macao, China, May 2007, at: <http://www.unescap.org/ttdw/ppp/countryreports.html>.

⁸¹ Information and Communication Technology Sector Development in Mongolia, ICT Authority of Mongolia, 30 May 2007, pp. 4-5, See <http://www.unescap.org/ttdw/ppp/countryreports.html>.

⁸² Country Report on Infrastructure Development with Focus on Public-Private Partnerships (PPP), Myanmar, 2007, p. 38. See <http://www.unescap.org/ttdw/ppp/countryreports.html>.

基础设施的发展投资。⁸³东非海底电缆系统的目标在于通过建立政府实体和私人投资者之间的伙伴关系来联合 21 个非洲国家。⁸⁴ MSC 马来西亚有一个依赖于私人对 PPP 投资的政府项目。⁸⁵在肯尼亚，AIDS 信息是通过相互声音应答（通话）、WAP（局域网）和 SMS（短信）来提供，而这些技术来自于一个 PPP 项目。⁸⁶PPP 模型在欧盟成员国⁸⁷和美国⁸⁸也同样得到了广泛的运用。

一些国际组织正在推广 PPPs 理念以推进基础设施的改善。这些组织尤其建议发展中国家和不发达国家使用 PPP 模型作为克服基础设施建设中问题的方法。联合国亚太地区经济和社会委员会（UNESCAP）在 2007 年的“PPP 促进基础设施发展高级专家研讨会”会议上做了一个关于 PPPs 的演讲。⁸⁹世界银行主要提供学习服务的世界银行学院（World Bank Institute）尤其关注 PPPs，将其作为提供基础设施、医疗和教育等基础性公共服务的重要工具。⁹⁰

在 WTO，不同的委员会都推荐成员国增强对 PPPs 的使用。例如在食品标准能力建设领域，WTO 下的卫生和动植物检疫措施委员会已经促进了联合国的粮食和农业组织（FAO）与世界卫生组织（WHO）之间的合作。与世界动物卫生组织（OIE）和工业发展理事会（ICD）正在总结促进利用 PPP 的方法，以促进满足全球需求的食物和水的建设能力的提高。⁹¹

尽管 PPPs 已经变成了一个国际公认的概念，并且在全球范围内使用，但是还没有任何明确的国际条约或者是 GPA 中的条文来特别处理 PPPs 和政府采购。PPPs 经常本质比较复杂，产出既是 PPP 关注的目标，同时也是其制度的方面。这种复杂性导致欧盟为公共实体和潜在供应商之间的竞争性对话介绍了更多灵活性的规则，以促使其明确双方的产出——这个产出

⁸³ Philippine Country Report on Infrastructure, 2006, pp. 5-6. See <http://www.unescap.org/ttdw/ppp/countryreports.html>.

⁸⁴ ICT Regulation Toolkit, Practice Note: Public-Private Partnerships in the telecommunications and ICT sector. See link: <http://www.ictregulationtoolkit.org/en/PracticeNotes.html>.

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ Danida (2006) PPP – Partnership With a Purpose – Corporate Social Responsibility – Support Facilities in the Public Private Partnership Programme, Ministry of Foreign Affairs Denmark – Danida, November 2006, p. 8.

⁸⁷ PPPs are for example used in the educational sector and in healthcare in the United Kingdom; see N. Maltby (2010). *Current Developments in the United Kingdom*, European Public Private Partnership Review, vol. 5, issue 2, 120-123; In Portugal, PPPs have been used in the road sector; see D. Duarte de Campos (2010). *Changes in the Road Sector*, European Public Private Partnership Review, vol. 5, issue 2, 119-120.

⁸⁸ See as examples Oregon Telecommunications Coordinating Council, Public-Private Partnerships for Telecommunication in Oregon, September 30, 2003, pp. 7-10.

⁸⁹ See: http://www.unescap.org/ttdw/common/TPT/ppp/egm_ppp_oct07.asp.

⁹⁰ See: <http://wbi.worldbank.org/wbi/about/topics/public-private-partnerships>.

⁹¹ Committee on Sanitary and Phytosanitary Measures - Capacity Building for Food Standards and Regulations – June 2009, G/SPS/GEN/938, 16 June 2009, section III.

是依据公共实体的需求而作为 PPP 应当追求的目标。⁹²联合国欧洲经济委员会对传统的政府采购规则是否足够涵盖建立 PPPs 的复杂性提出了质疑。⁹³特别是政府采购法缺乏灵活性可能对公共实体和私人参与者之间广泛的更多的合作造成障碍。灵活性规则的另一方面自然地是要避免滥用，例如太过于灵活性的规则可能导致腐败。

2.2 WTO 及其法律特征

WTO 关心的是国际货物和服务贸易。WTO 有 153 个成员国，目前还有 30 个国家具有 WTO 观察国的身份。同样，也有许多组织被授予了 WTO 观察者的身份。WTO 现在有两项重要的功能：⁹⁴

1. WTO 是一个 153 名成员国的国际论坛，以就贸易规则开展谈判并且应对因为全球化程度的提高而带来的不同的挑战。全球货物和服务贸易的增长——以及对这些贸易的需求——要求降低国内和区域贸易的壁垒。

2. WTO 管理不同的 WTO 贸易协议，并且如果一个 WTO 成员国侵犯了其他成员国的贸易规则下的权利，那么 WTO 会提供执行机制。WTO 提供不同的法律手段来确保贸易壁垒的减少。

WTO 体制的法律特征反映在贸易协议中、监管 WTO 成员国的机构中以及解决成员间争端的争端解决机构中。基于贸易协议和争端解决机制的 WTO 法律制度是国际公法的一部分。国际公法是在法律制定时以国家作为主要主体和首要参与方的规则体系。⁹⁵同国内法相比较，国际公法在法律制定时要更为去中央化，因为国内法有一个中央机构来制定法律。⁹⁶需从这个背景下看待 GPA。GPA 是一个以国家同意为基础的国际协议，但是 GPA 又不能够与国际公法相孤立开来。⁹⁷国际公法将填补 GPA 中的空白，并且可以作为解释 GPA 时的依据。

⁹² Article 29 of Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the Coordination of Procedures for the Award of Public Contracts, Public Supply Contracts, and of Public Service Contracts, Official Journal L 134, 30.4.2004, pp. 114-240 (Public Sector Directive). See also the EU Commission's Green Paper on public-private partnerships and Community law on public contracts and concessions of 30 April 2004, COM/2004/0327 final.

⁹³ United Nations Economic Commission for Europe, Guidebook on Promoting Good Governance in Public-Private Partnerships, 2008, United Nations, Geneva, pp. 4-5.

⁹⁴ See Art. III of the WTO Agreement.

⁹⁵ It is debated whether states can be bound by international rules of law which they have not consented to.

⁹⁶ See for example J. Pauwelyn (2001). *The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?* American Journal of International Law, 95, 535-578.

⁹⁷ See also I. Van Damme (2009). *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*. Oxford University Press, pp. 358-359 and; G. Marceau (2001). *Conflict of Norms and Conflict of Jurisdictions – The Relationship between the WTO Agreement and MEAs and other Treaties*. Journal of World Trade 35 (6), 1081-1131.

PPPs 是应要求国家之间实施自由贸易的全球化的直接影响的结果⁹⁸，WTO 贸易规则成为确保国家和区域政府采购法律保证对外国供应商参与 PPPs 开放的重要的法律因素。GPA 成员国的公共实体必须对 GPA 的规则十分熟悉。

同样的，跨国企业和国内企业也必须了解 WTO 采购规则以监督其对其 PPP 合同招投标的规制符合 WTO 法的规定。即使在 WTO 体制下 WTO 法并没有为私人参与者创设直接的权利，如 WTO 下的争端解决机制仅仅供国家使用，私人参与方或者在国内法院提起诉讼，或者在实施政府采购行为的国家内使用其他国内执行机制，或者私人参与方说服其本国政府对违反了 WTO 采购法的国家提起诉讼。

接下来的部分将介绍 WTO 的法律特征。第一部分解释了 WTO 的目标。第二部分关注于 WTO 和政府采购法。第三部分描述了作为规则导向的 WTO 是一个拥有某些政治表象的法律制度。最后一部分描述了 WTO 政府采购法的相关法律渊源。

2.2.1 WTO 的目标

在 WTO 协议中是这样描述 WTO 的目标的，参与方

“认识到在处理它们在贸易和经济领域的关系时，应以提高生活水平、保证充分就业、保证实际收入和有效需求的大幅稳定增长以及扩大货物和服务的生产和贸易为目的，同时应依照可持续发展的目标，考虑对世界资源的最佳利用，寻求既保护和维护环境，又以与它们各自在不同经济发展水平的需要和关注相一致的方式，加强为此采取的措施，进一步认识到需要作出积极努力，以保证发展中国家、特别是其中的最不发达国家，在国际贸易增长中获得与其经济发展需要相当的份额。”⁹⁹

因此，WTO 有两个重要的目标：1) WTO 的目标在于促进成员之间的贸易。这反映在致力于减少贸易壁垒的不同的 WTO 协议之中。2) WTO 的目标在于确保发展中国家和最不发达国家占有国际贸易的一定份额。例如某些 WTO 的基石（这将在接下来的部分中简要介绍）为发展中国家和最不发达国家设置了某些特别例外。

为了实现 WTO 的目标，WTO 提供了一系列不同的协议。这些 WTO 的协议都在整体性的 WTO 协定（马拉喀什建立世界贸易组织协定，简称 WTO 协定）的附件中列出。WTO 协定下的大部分协议都是多变的，其约束所有

⁹⁸ See also chapter 2 above and Christina D. Tværnø, Public private partnership in the European Union, The New EU Public Procurement Directives, Ruth Nielsen and Steen Treumer (Eds.), DJØF Publishing, pp. 183-194.

⁹⁹ WTO Agreement, Preamble.

的 WTO 成员国。但是 GPA 是一个例外。GPA 是一个诸边的协议，它不是一个一般性的协议而只有少数的国家签订了。

WTO 体制下的不同协议能够被广义地分为三个领域：货物、服务和知识产权。包括 GPA 协议在内的不同的 WTO 协议都体现了某些共通的特征，其都反映了 WTO 的两个基本目标和都是 WTO 的基石：

- **非歧视：WTO 建立在两个重要的非歧视原则之上。**1) 最惠国待遇 (MFN) 原则，成员国必须不对其贸易伙伴国之间形成歧视；2) 国民待遇原则，成员国必须不对国内和国外的货物、服务和投资之间形成歧视。国民待遇原则被直接写入了 GPA。即使存在着某些保留和其他问题，¹⁰⁰MFN 原则同样也存在于 GPA 中。更多内容将在 1.3.2.1 中介绍。

- **市场准入：**通过多轮谈判，已经降低了货物和服务贸易壁垒的整体水平，例如通过降低关税和建设进口配额规则等非关税壁垒的使用。GPA 的本质在于促进外国供应商在政府采购领域的市场准入和开放外商直接投资。

- **不公平贸易：**WTO 的市场准入原则必须以公平竞争原则来衡量。WTO 允许其成员国征收特别国关税 (country-specific duties)，这样在某些情形下可以豁免对 MFN 原则和市场准入原则的适用。这些情形可以是：进口产品受到出口国的补贴，或者出口商低价倾销其产品。GPA 同样也在其目的条款和文本中写入了不公平贸易规则。例如，在如果有可能排除竞争的情形下，一个公共实体必须不能从潜在的供应商处咨询对 PPP 项目的建议。更多的内容将在 1.3.4.1.2 中讨论。

- **对发展中国家和最不发达国家制定的特别条款：**不同的 WTO 协议中有允许发展中国家和最不发达国家对国民待遇原则和 MFN 原则适用例外的条款，以促进本国产品。尽管目前 GPA 成员国中还未出现发展中国家和最不发达国家，GPA 同样为发展中国家和最不发达国家制定了特别的和有区别的条款。更多的内容见 1.3.2.3 部分。

2.2.2 WTO和政府采购法

WTO 根源于 1947 年的关贸总协定 (GATT)。¹⁰¹ 1947 年的 GATT 仅涉及货物贸易，并且明确将政府采购行为排除在协议的适用范围之外。多

¹⁰⁰ In the GPA, the MFN principle is categorized as ‘non-discrimination principle’.

¹⁰¹ GATT was both the name of the agreement and the name of the organization between 1948 and 1994 until the WTO came to life in 1995. Under the WTO umbrella, there is an agreement, GATT 1994, based on the GATT 1947. GATT 1994 consists of the provisions of GATT 1947. Therefore, when reference is made to GATT 1994, GATT 1947 must be

年过后，一些 GATT 的签署国——主要是发达国家——想要在 GATT 的多边框架下规制政府采购行为。尽管如此，这些国家并没有成功地说服其他 GATT 的签署国同意签订这样一份协议。作为替代，最终签署的作为诸边协议的 GPA，其仅对少数的 GATT 签署国具备约束力。

当 1995 年建立 WTO 时，GPA 也进行了修订，但是仍旧是一份诸边协议。当目前为止 GPA 还未有发展中国家或则是最不发达国家加入，这些国家将不受同政府采购有关的 GPA 中规定的义务的约束。¹⁰²当设立 PPPs 时，同 1994 年 GATT 的多边协定（作为 1947 年 GATT 的继承者）和服务贸易总协定（GATS）中促进贸易的规则相比，同公共机构采购程序相关的 WTO 法的适用范围是更为有限的。

同货物有关的政府采购是被排除在 GATT 第三条第 8 款（a）项规定的国民待遇原则的适用范围之外的。是否政府采购也被派出在 1994 年 GATT 第一条规定的 MFN 原则之外则是文献中不清楚之处和存在争议之处。有些观点认为 1994 年 GATT 第一条规定的 MFN 原则不适用于政府采购，这同样也是 GPA 成员国中的广泛存在的理解。¹⁰³另一种观点认为 MFN 原则适用，因为在 GATT 中并没有明确地排除，因此基于文本解释的方法（textual approach）这可能暗示着 GATT 中的 MFN 原则将适用于政府采购。¹⁰⁴

在服务方面，政府采购被明确地排除在 MFN 原则、国民待遇原则和市场准入原则之外，如 GATS 的第 13（1）中的规定。GATS 第 13（2）要求 WTO 成员国就 GATS 下的服务的政府采购问题进行多边谈判。

由于 GPA 的诸边协议的性质，对其所作的任何修改、对其制定的政策或者解释都是基于 GPA 的特殊规则，而不是依据 WTO 协定的一般规则。¹⁰⁵

consulted. See for a thorough examination of the pre-GATT and GATT negotiations concerning government procurement and GATT, G. Marceau and A. Blank (1996). *History of the government procurement negotiations since 1945*. Public Procurement Law Review, 4, 77-147.

¹⁰² See for example; A. Kovacs (2004). *The Global Procurement Harmonisation Initiative*. Public Procurement Law Review, 1, 15-38, at p. 18; V. Guimaraes De Lima e Silva (2008). *The revision of the WTO Agreement on Government Procurement: to what extent might it contribute to the expansion of current membership?* Public Procurement Law Review, 2, 61-98; V. Rege (2001). *Transparency in Government Procurement – Issues of Concern and Interest to Developing Countries*. *Journal of World Trade*, 35(4), 489-515.

¹⁰³ S. Arrowsmith (2003). *Government Procurement in the WTO*. Kluwer Law International (The Hague), pp. 61-63. See M. Dischendorfer (2000). *The Existence and Development of Multilateral Rules on Government Procurement under the Framework of the WTO*. Public Procurement Law Review, 1, 1-38 at 15-17.

¹⁰⁴ See for this approach A. Reich (1997). *The New GATT Agreement on Government Procurement – The Pitfalls of Pluralism and Strict Reciprocity*. *Journal of World Trade*, 31, pp. 125-151 at pp. 142-145. See also for a discussion about the GATT negotiations G. Marceau and A. Blank (1996). *History of the government procurement negotiations since 1945*. Public Procurement Law Review, 4, 77-147, at pp. 87-88 and footnote 19.

¹⁰⁵ Art. IX.5 and Art. X.10 of the WTO Agreement. It must further be assumed that in case of conflict between the WTO Agreement and the GPA, the GPA will prevail due to the principle

尽管如此，为了解决 GPA 成员国之间的争端，WTO 的争端解决机构有权解决产生的争议。

其他国际组织也提供关于政府采购的不同工具。联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)制定了《UNCITRAL 货物、工程和服务采购示范法(1994)》。UNCITRAL 示范法作为一种国内政府采购法制定的模板被许多国家所运用。世界银行对关于世界银行进行贷款项目提供了采购指南。这些项目不可以受到政治或者其他非经济考量的影响。¹⁰⁶结果制定出了不具有法律约束力的《世界银行采购指南》。¹⁰⁷

所有的这些工具都在 WTO 促进政府采购透明度工作组中得到了体现，因为 GPA、UNCITRAL 和世界银行都拥有同样的一个目标：提高政府采购领域的透明度。这里还有一点值得注意：同 GPA 相比较其他组织开展的工作都是无约束力的，因此万一与 GPA 发生了冲突，那么 GPA 优先适用。

在区域层面，同时存在着具有约束力的和不具有约束力的政府采购规则。欧盟的规则是在欧盟成员国之间和私人公司与欧盟国家之间创设权利/义务的明显案例。¹⁰⁸北美自由贸易协定(NAFTA)在加拿大、墨西哥和美国之间处理关于政府采购方面的问题时有特殊规则。¹⁰⁹东部和南部非洲共同市场(COMESA)要求其成员国增强成员之间关于政府采购的信息流动，¹¹⁰尽管协定本没有就采购程序制定具体规则。南美洲的南方共同市场(EI Mercado Común del Sur, Mercosur)已经制定出了一项关于政府采购的协议，这项协议仍需要制定实施细则。¹¹¹

2.2.3 规则导向

为了获得对 WTO 采购法的全面了解，在某种程度上法律必须可以同政策相区分开来。一方面，必须找到作为标准制度的、拥有国内法形式的、法律约束力的国家法与区域法之间的界线，以遵循 WTO 法；另一方面为反映真实国力的国际关系，此处政治影响着法律。¹¹²或者说：从国际法的视角看待 WTO 采购法，会主张 GPA 是具备法律约束力的特征，并且 GPA

of *lex specialis*. This assumption is further strengthened by the fact that Art. XVI.3 of the WTO Agreement deals only with conflicts between the WTO Agreement and the *multilateral* Agreements, where the former will prevail.

¹⁰⁶ See Art. V.1(g) of the International Development Association (IDA) Articles of Agreement, and Art. III.5(b) of the International Bank for Reconstruction and Development (IBRD) Articles of Agreement. Both the IDA and the IBRD are institutions under the World Bank.

¹⁰⁷ See Art. I (1.1) of the Guidelines.

¹⁰⁸ See more in chapter 4 below.

¹⁰⁹ Chapter 10, Art. 1001-1007 of the North American Free Trade Agreement.

¹¹⁰ Art. 141 of the Agreement Establishing COMESA.

¹¹¹ Protocolo de Contrataciones Públicas del Mercosur, Decisión N° 23/06, No vigente.

¹¹² See for example A.M. Slaughter Burley, *International Law and International Relations Theory*, American Journal of International Law, 87, 1993, 205-239, at 215.

成员国将遵守 GPA 的纲领，例如一个运行良好的执行制度的存在。¹¹³从国家关系的视角来看，则更为注重的是 GPA 成员国之间的政治力量。

正如前所述，WTO 为成员国提供了一个开展国际贸易谈判的舞台，并且 WTO 监督其成员国是否遵循了 WTO 协议。¹¹⁴WTO 并没有权利来制定法律。法律的制定权全部留给了 WTO 的成员国。WTO 对成员的监督同样也取决于其成员国是否向 WTO 提供了必要的信息，并且 WTO 并不能够强制任何政府来实施 WTO 协议。更甚的是，WTO 自身并不能够制裁其成员国。制裁是取决于其成员国执行的意愿。不能够从 WTO 的政治背景之外观察 WTO 法，但是同时与之前的更具权力色彩的 GATT 相比，WTO 也反映了其成员国对规则导向的更多需求。

最初，GATT 原本应该是国际贸易组织（ITO）中重大复杂协议的一部分。国际贸易组织是战后在联合国关于贸易和就业会议上谈判的结果之一。通过谈判签订了哈瓦那宪章（Havana Charter），并且为了防止 ITO 成员国之间的冲突，国际法院（ICJ）可以有权处理争议。¹¹⁵

1947 年的 GATT 应该是临时性的，直到 ITO 认为其应当正式生效，但是其一直未宣布其正式生效。GATT 1947 许多方面的规定都较模糊，如关于争端解决，以及包含了许多灵活性条款。这些灵活性条款为 GATT 成员之间发生争端之时预留了很大的外交和政治力量导向的空间。GATT 1947 的灵活性和缺乏明确性的争端解决纲领也留下了法律的不确定性。在争端解决方面，后来 GATT 演化成了一个通常由三名专家组成的专家委员会——这些专家是有争议各方选择出来的——他们能够就解释 GATT 1947 作出评论。值得注意的是，GATT 体制中存在的一个主要问题在于这些专家组的评论仅在 GATT 所有签署国（包括受损失方在内）达成一致同意的情况下才能够对争议双方产生约束力。

从法律的角度来看，GATT 体制缺乏透明度和可预期性，并且执行程序很模糊。成员国之间的谈判力量经常起着决定性的作用，并且 GATT 体制更具备的是政治制度的特性而非法律制度。GATT 体制经常被描述为权力导向的制度。¹¹⁶尽管如此，在 GATT 存在的 50 年内，演化成 WTO 之前，制定了许多协议来澄清 GATT 1947 中的条款。这些详细的协议是 GATT 签署

¹¹³ In *EC – Sardines*, WT/DS231/AB/R, report of the Appellate Body on 26 September 2002, the Appellate Body made the clear assumption that every WTO Member will abide by their treaty obligations in good faith, as required by the principle of *pacta sunt servanda* articulated in Article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties; cf. para. 278.

¹¹⁴ See Art. III of the WTO Agreement.

¹¹⁵ Art. 96 of the Havana Charter.

¹¹⁶ See for example J. H. Jackson (1998). *Global Economics and International Economic Law*. Journal of International Economic Law, 1, p. 17; E. U. Petersmann (1997). *The GATT Dispute Settlement System – International Law, International Organizations and Dispute Settlement*. Hague: Kluwer Law International, p. 66; H. Andersen (2009). *EU Dumping Determinations and WTO Law*. Hague: Kluwer Law International, pp. 23-25 and chapter 2.

国之间在 GATT 时期，在不同的贸易谈判回合中制定的。同样，也制定了关于争端解决的协议来使得争端解决的程序更为清晰。在 1986 年，GATT 签署国开始了乌拉圭回合的谈判。谈判议程主要关注于 GATT 的改革。这次改革通过改进争端解决机制、在多边体制下包含服务和知识产权的内容，从而使得 GATT 朝着更以规则为导向的方向发展。这次谈判的结果是成立了 WTO，WTO 有着更广泛范围的协议以及改善的争端解决机构。

WTO 争端解决机构面向 WTO 的成员国，而非私人参与方。存在着争议的各方必须首先试图进行磋商，以达成令双方满意的结果。如果磋商失败，争端解决机构则成立一个专家组(Panel)，专家组最后会形成专家建议。对专家建议不满可以上诉至上诉机构(Appellate Body)。来自专家组或者上诉机构(如果存在上诉的情况时)的建议必须被争端解决机构所采纳。专家组或者是上诉机构的建议一般而言是被自动采纳，除非所有的 WTO 成员国一直反对该建议。这一点不同于以权力为导向的 GATT 制度，而是更加以规则为导向。

GPA 反映了以规则为导向的方法。与其前者相比较——1981 年生效的东京回合的 GPA——现在的 1994 GPA 在语言上更为清晰，尽管还存在着一些不清楚的地方。但是，GPA 同样存在着以权力为导向的机制，GPA 的成员国并不是在政府采购的所有方面都受 GPA 的约束。GPA 存在着互惠的本质，其成员国就各自的应当纳入 GPA 的实体和服务的适用范围进行谈判。更多的内容见 1.3.2.1 和 1.3.3 部分中的阐述。GPA 互惠的方面可能使得更具政治力量的成员方出于有利地位。

从制度上而言，GPA 也反映了规则导向的方法。首先，GPA 是由政府采购委员会进行管理。¹¹⁷每一个成员国都必须告知委员会关于国内政府采购法律和行政法规的修订情况。¹¹⁸其次，GPA 成员国之间的争端必须通知争端解决机构，并且最终如果成员国之间没有达成相互理解的协议，那么将会成立专家组，专家组的建议可以被上诉至上诉机构。

认为公共实体违反了 GPA 的私人供应商不能够直接向争端解决机构起诉，但是作为替代方式，必须依赖于国内法院或者是在政府采购国国内的其他公平组织(impartial body)。同 WTO 的其他协议相比较，¹¹⁹ GPA

¹¹⁷ The Committee was already established under the first GPA.

¹¹⁸ See about the information that each GPA Party must submit to the Committee, Art. XIX.5 of the GPA.

¹¹⁹ Generally, the WTO agreements do not contain such challenge procedures requiring the WTO members to establish systems where private parties can challenge the WTO member's compliance with the WTO agreements. Under the general WTO framework, it is left to the WTO members individually to decide whether courts shall apply the different WTO agreements. Therefore, the application of WTO agreements by national courts is different from country to country. For example, the application of WTO law before the EU courts is limited to those situations where a Directive or Regulation is intended to implement particular WTO provisions, or the Directive or Regulation has an express reference to the specific WTO provision. See for instance *Biret v Council*, case C-93/02 P, judgment of the EU Court on 30

的第二十条要求 GPA 的成员国建立起非歧视的、及时的、透明的和有效的质疑投诉程序。质疑投诉应当由法院或者是其他公平的、独立的审查机构受理。并且，同其他的 WTO 协议相比较，GPA 第 20(7)(c)要求质疑投诉程序应当纠正违反 GPA 协定的行为或者赔偿私人供应商所遭受的损失或损害。¹²⁰

WTO 是一个以规则为导向的系统，也必须在这个背景下研究 GPA。GPA 对其成员国具有约束力，并且私人供应商能够在国内制度中执行 GPA。尽管如此，GPA 的文本并不都是清楚的，并且感到 GPA 下的权利受到外国公共实体侵害时，GPA 成员国内供应商在争端解决机构中要求澄清 GPA 将会是一项政治性决定。另外，通过修订 GPA 也能够实现对 GPA 的澄清，但这同样也将是一个政治性事件。现在，GPA 的成员国已经临时性地同意了 GPA 的修订本，这一修订版本在内容和架构上都比现行版本要更清楚。但是，还是不确定最终出台的修订版本将是什么样，并且什么时候能够付诸实施也是不确定的。

接下来将要简单的列举出与 PPPs 有关的 WTO 政府采购法的渊源。

2.2.4 对 PPPs 和政府采购而言具备重要性的 WTO 法渊源

评论者之间就 WTO 的法律渊源展开了广泛的争论。由于 WTO 的国际性，一些评论者将渊源的范围限定于来源于国家同意的渊源——因此这种划分方式将法律渊源狭义的限定于：现行的 WTO 协议和反映在惯例法中的现行的国家实践。¹²¹其他一些评论者运用的是更为制度性的划分方式，认为 WTO 协议反映国家利益，但是同时 WTO 作为一个机构也成为创造法律的一部分，例如在描述 WTO 的渊源时也考虑到专家组和上诉机构的决定或者建议（*rulings*）。¹²²还有一些评论者认为可能还包括更广泛的内容，并且包括在 WTO 框架之外形成的法律渊源，例如人权原则。¹²³

September 2003, ECR 2003, p. I-497, para. 61. The GPA, then, provides a more secure system for the private parties than the general WTO framework.

¹²⁰ For a thorough examination of the challenge procedure and the GPA, see S. Arrowsmith (2002). *The character and role of national challenge procedures under the Government Procurement Agreement*. Public Procurement Law Review, 4, 235-260.

¹²¹ See for a discussion M. Matsushita, T. H. Schoenbaum and P. C. Mavroidis (2006), *The World Trade Organization – Law, Practice, and Policy*, 2nd edn, Oxford, Oxford University Press, chapter 2

¹²² See for a discussion J. E. Alvarez (2006). *International Organizations: Then and Now*. American Journal of International Law, 100, 324-347.

¹²³ See for example E. U. Petersmann (2005). *Human Rights and International Trade Law – Defining and Connecting the Two Fields*. Printed in T. Cottier (ed), J. Pauwelyn (ed), and E. B. ürgi (2005). *Human Rights and International Trade*. Oxford university Press (Oxford), 29-94.

即使讨论法律渊源是一件令人感兴趣的事，但是这超出了本章的范围。在本书中采纳的是更广义的意见，并且在本章中法律渊源由以下几个部分组成。

2.2.4.1 条约

WTO 协定及其附件性协议对 WTO 成员国具有约束力。此处，GPA 十分重要。为了对 GPA 有一个全面的了解，WTO 的其他协议也同样重要。例如，GATT 和 GATS 都对与货物和服务有关的政府行为强加了某些限制，这将影响到对 GPA 的理解，¹²⁴并且如前所述，GATT 的 MFN 原则是否对所有的政府采购行为适用目前仍旧是确定的。

重视到其他国际文书面形式的法律渊源也很重要。GPA 文本中所涉及到的，例如，国际标准——这可能是有国家标准化组织（ISO）所制定的国际性标准。另外，在解释 WTO 协议时可以考虑用国际条约来理解其中的某些术语，¹²⁵关于此部分的更多内容见 1.3.7。问题在于当同 WTO 条文相冲突时，其他国际条约能够优先适用。本章中将不对此进行深入探讨。

2.2.4.2 习惯法

习惯法由两个要素组成：国家间的实践以及法律确信（*opinio juris*），也就是将履行某种行为作为一种的义务的意识。习惯法是也国际公法的基础，例如约定必须遵守（*pacta sunt servanda*）原则，也就是条约必须被善意地履行，这基于习惯法。¹²⁶

在“韩国—采购”一案中，专家组认为：“一般而言，国际习惯法适用于 WTO 成员国之间的经济关系。在某种程度上，这种国际法 适用于 WTO 条约协议没有详细规定的部分。”¹²⁷如果不同 WTO 协议的内容相冲突，那么国际习惯法适用于国家之间的经济关系。WTO 协议中写入了国际习惯法，

¹²⁴ For example, GATT 1994 Art. VI in conjunction with the WTO Anti-dumping Agreement allows the WTO Members to impose anti-dumping duties on products from other WTO Members if the prices are dumped and the industry in the importing country is injured by the dumped prices. The GPA requires that a public entity submits such information if the anti-dumping duty will reflect the evaluation of the tender prices in the awarding phase; cf. Art. XII.2(h).

¹²⁵ See for example *US – Shrimp*, WT/DS58/AB/R, report of the Appellate Body on 12 October 1998, para. 130

¹²⁶ The principle of *pacta sunt servanda* is written into Art. 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties.

¹²⁷ *Korea – Procurement*, WT/DS163/R, report of the Panel on 1 May 2000, para. 7.96 (emphasis added).

并且其组成了解释 WTO 协议的基础。¹²⁸专家组和上诉机构发现这些习惯性规则反映在《维也纳条约法公约》（Vienna Convention on the Law of Treaties）的第 31 条和第 32 条。¹²⁹《维也纳条约法公约》的解释工具必须用来澄清 GPA 文本。¹³⁰问题在于是否存在着专门解决公共采购问题的特别国家习惯法。《UNCITRAL 示范法》，其成文版本并不具备法律约束力，明显地是许多国家的公共采购法律制度的反映，并且已经被一些国内法律制度所运用。¹³¹基于这种在各国实践中的广泛接受，问题在于是否《UNCITRAL 示范法》中的某些原则已经具备成为习惯法的条件。仍然有一些国家的采购法律并不是基于《UNCITRAL 示范法》，¹³²并且在《UNCITRAL 示范法》被认定为国际习惯法之前，其还需要在国家的实践中被更为广泛地接受。

¹²⁸ See DSU, Art. 3.2.

¹²⁹ Other parts of the Vienna Convention on the Law of Treaties also reflect customary international law. In *Korea – Procurement*, WT/DS163/R, report of the Panel on 1 May 2000, the Panel referred to Art. 48 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, which according to the panel reflects the customary international rule of law that an error in a treaty can be ground for invalidating the treaty or part of it; cf. para 7.123.

¹³⁰ Art. 31 and Art. 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties provide:

“Article 31: General rule of interpretation

1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.

2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:

(a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty;

(b) any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.

3. There shall be taken into account, together with the context:

(a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;

(b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;

(c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.

4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.

Article 32: Supplementary means of interpretation

Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31:

(a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or

(b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.”

¹³¹ Zhang Xinglin (2009). *Forum for review by suppliers in public procurement: an analysis and assessment of the models in international instruments*. Public Procurement Law Review, 5, 201-226, at p. 203.

¹³² See A. Kovacs (2004). *The Global Procurement Harmonisation Initiative*. Public Procurement Law Review, 1, 15-38, at p. 23. See also for rejection of the UNCITRAL Model Law as international law; G. Westring (1994). *Multilateral and unilateral procurement regimes - to which camp does the UNCITRAL Model Law on procurement belong?* Public Procurement Law Review, 4, 142-151, at p. 147.

2.2.4.3 法律原则

WTO 自身是基于上述提到的非歧视原则，如最惠国待遇原则，它要求 WTO 成员国不在其贸易伙伴之间造成歧视，以及国民待遇原则，它要求 WTO 成员国不在国内产品和进入 WTO 各成员国境内的外国产品造成歧视。这些原则也被写入了不同的 WTO 协议之中。

强行法（Jus Cogens）原则也适用于 WTO 法。《维也纳 条约法公约》的第 53 条中规定，如果一项条约违反了国家法的强制性规则，那么该项条约是无效的（Jus cogens）。¹³³强行法(Jus cogens) 能够禁止奴役和屠杀。因此该规则体现了国际习惯法，并且任何国家违反该原则的行为都将是违反了 WTO 条约，或者从另一方面而言，如果 WTO 协议允许贩卖奴隶，那么该协议则是无效的。¹³⁴这样，某些 WTO 协议纳入了保护人类生命或者安全的机制——在 GPA 中体现在第 23 条中。因此，一个建立 PPP 的国家可能会反对一项投标——或者一般而言在合同中包含了这一内容之后建立了 PPP——如果私人参与方在 PPP 项目供应的产品的生产过程中正使用奴隶。

2.2.4.4 判例法

这个问题在于是否国际法院和法庭能够通过判决而参与创立新法。一般而言，国际法院是不应当制定规则来约束未来的案件。约束力经常单独地同现行的案例有关。如果国际法院制定出约束未来案件的规则，那么这将与国际公法中以国家为中心（state-centric）的法律创设方法相冲突。¹³⁵

¹³³ Art. 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties provides: “*Treaties conflicting with a peremptory norm of general international law (“jus cogens”): A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.*”

See also D. Shelton (2006). *Normative Hierarchy in International Law*. American Journal of International Law, 100, 291-323.

¹³⁴ See J. Pauwelyn (2001). *The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?* American Journal of International Law, 95, 535-578, at p. 565.

¹³⁵ An example is the decisions from the International Court of Justice (ICJ). Such decisions have no binding force in future cases for the ICJ; cf. Art. 59 of the Statute of the International Court of Justice. However, the ICJ may apply its former decisions as subsidiary means for the determination of law; cf. Art. 38.1(d). As a fact, the ICJ often refers to its former decisions. A different perspective concerns the International Criminal Court (ICC) which may apply principles and rules of law as interpreted in its previous decisions. Yet, it appears to be limited to the interpretations and the ICC shall apply text and principles of law; cf. Art. 21 of the Rome Statute of the ICC. However, it seems there is no requirement that the decisions of the ICC only apply as subsidiary means.

这也体现在 WTO 中。依据《争端解决的谅解》（Dispute Settlement Understanding）中的第 3.2 条，也就是，关于争端解决机构、专家组和上诉机构的规则不能够增加或者减少 WTO 协议中所规定的权利和义务。一种文义解释方法建议，专家组和上诉机构仅能够拥有解释功能，并且他们的建议仅能够对现行的案例具有约束力，而不能约束对将来的案例。尽管作为一个规则为导向的制度，专家组和上诉机构不能够忽略之前的建议，并且他们总是提及以前的案件，因为提及以前案例的解释可以创立一种“法律预期”。¹³⁶

创设法律预期的解释同现行优先（actual precedence）之间的界线并不清楚，¹³⁷并且某些评论人认为在实践中上诉机构通过非法地参与创设 WTO 法中，¹³⁸已经跨越了这条界线；同时其他评论人建议来自专家组和上诉机构的建议应当作为 WTO 法的渊源而被接受。¹³⁹

关于 GPA，仅有少许案例是与从前的 GPA 有关的——在 WTO 成立之前的东京 GPA。¹⁴⁰如果这些东京 GPA 案例中的解释被从前的体制所采纳，那么这些解释则具有法律价值。¹⁴¹在 WTO 建立之后，仅有三起关于现行

¹³⁶ See statement in *Japan – Alcoholic Beverages II*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R and WT/DS11/AB/R, report of the Appellate Body on 4 October 1996, page 14. See also L. Nielsen (2007). *The WTO, Animals and PPMs*. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, pp. 115-123.

¹³⁷ See most notably the statement by the Panel in *US – Stainless Steel (Mexico)*, WT/DS344/R, report of the Panel on 20 December 2007, paras 7.115-7.140, where the Panel explicitly stated that it would not follow the line of reasoning developed by the Appellate Body in previous cases. The Panel report was, as expected, overruled by the Appellate Body, *US – Stainless Steel (Mexico)*, WT/DS344/AB/R, report of the Appellate Body on 30 April 2008; see in particular para. 162. This case demonstrates one major problem in the WTO judicial system; the guidelines for Panels and Appellate Body are not clear and have contradictory elements as Panels and Appellate Body must not make binding interpretations in future cases but at the same time has to ensure the predictability in the WTO system. See Martti Koskeniemi's interesting and excellent discussion about the argumentation in public international law as a contrast between normativity, i.e. distances from state power, and concreteness, i.e. distances from natural morality. See Martti Koskeniemi (2005). *From Apology to Utopia*. Cambridge University Press (Cambridge).

¹³⁸ See J. Greenwald (2003). *WTO Dispute Settlement: An Exercise in Trade Law Legislation?*. *Journal of International Trade Law* 6 (1): 117 et seq., and D. K. Tarullo (2003). *Paved with good intentions: the dynamic effects of WTO review of anti-dumping action*. *World Trade Review* 2 (3): 379. Apparently also M. Matsushita, T. H. Schoenbaum & P. C. Mavroidis (2006). *The World Trade Organization – Law, Practice, and Policy*. 2nd edn (Oxford: Oxford University Press), 908-910.

¹³⁹ See for example R. Bhala (2005). *Modern GATT Law – A Treatise on the General Agreement on Tariffs and Trade*, (London, Sweet & Maxwell), pp. xvii-xviii

¹⁴⁰ *EEC – Value-Added Tax (VAT) and Threshold*, BISD 315/247, report of the Panel on 16 May 1984; *US – Procurement of a Sonar Mapping System*, GPR.DS1/R, report of the Panel on 23 April 1992; *Norway – Tendering Procedures on Trondheim Toll Ring Project*, BISD 405/319, report of the panel on 28 April 1992.

¹⁴¹ See statement in *Japan – Alcoholic Beverages II*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R and WT/DS11/AB/R, report of the Appellate Body on 4 October 1996, page 14.

GPA 的争端。其中两起案例还从未走到专家组程序。“日本——航海卫星采购案”¹⁴²中其招标文件中对技术规格的说明提到了美国的系统。欧盟认为这违反了非歧视原则和关于技术规格的规则。日本和欧盟达成了一项互相同意的解决方案，因此并未建立起专家组。¹⁴³在“美国采购案”中¹⁴⁴，欧盟和日本双方都主张美国违反了选择性程序规则和供应商资格条件的规则，因为马萨诸塞州的实体不允许从任何与缅甸有商贸往来的供应商处采购货物或服务。在这一案例中建立了专家组，但是后来案件双方要求暂缓专家组的工作，不就后又被要求继续其工作。后来该案还是终止了。“韩国采购案”¹⁴⁵是唯一一个产生了专家建议的 GPA 案例。该案涉及到韩国受 GPA 调整的政府实体的定义。¹⁴⁶

在这些渊源的基础上，本章接下来将要介绍同 PPPs 有关的 GPA。

3. GPA

3.1 引言

GPA 被包括在 WTO 协定包含诸边协议的附件 4 中。GPA 仅对其签订国具有约束力。GPA 并不为其他的 WTO 成员国创设权利和义务。¹⁴⁷GPA 规制 40 个成员国之间的政府采购行为。在 GPA 之下还有其他 23 个 WTO 成员国具备 GPA 观察国的身份。¹⁴⁸在这 23 个观察国之外，还有 9 个 WTO 成员国目前正在进行关于加入 GPA 的谈判。¹⁴⁹与这 9 个国家正在进行的加入 GPA 的谈判同时进行的还有，亚美尼亚¹⁵⁰、克罗地亚¹⁵¹、前南斯拉夫的

¹⁴² *Japan – Procurement of a Navigation Satellite*, WT/DS73, no report issued.

¹⁴³ Notification of Mutually-Agreed Solution, WT/DS73/5 of 3 March 1998.

¹⁴⁴ *US – Procurement*, WT/DS88 and WT/DS95, no report issued.

¹⁴⁵ *Korea – Procurement*, WT/DS163/R, report of the Panel on 1 May 2000.

¹⁴⁶ See more in section 0.

¹⁴⁷ Art. II.3 of the WTO Agreement.

¹⁴⁸ Those WTO Members are: Albania, Argentina, Armenia, Australia, Bahrain, Cameroon, Chile, China, Colombia, Croatia, Georgia, India, Jordan, the Kyrgyz Republic, Moldova, Mongolia, New Zealand, Oman, Panama, Sri Lanka, Chinese Taipei and Turkey.

¹⁴⁹ Those 9 WTO members are: Albania, China, Georgia, Jordan, the Kyrgyz Republic, Moldova, Oman, Panama and Chinese Taipei.

¹⁵⁰ Report of the Working Part on the Accession of Armenia, WT/ACC/ARM/23 of 26 November 2002, para. 153; cf. Decision of Accession of Armenia of 10 December 2002, WT/L/506 of 17 December 2002, Part I.2.

¹⁵¹ Report of the Working Party on the Accession of Croatia, WT/ACC/HRV/59 of 29 June 2000, para. 156 and para. 225; cf. Decision of the Accession of Croatia of 17 July 2000, WT/ACC/HRV/60 of 3 August 2000; cf. Protocol of the Accession of Croatia, WT/ACC/HRV/61 of 19 September 2000, Part I.2.

马其顿共和国（FYROM）¹⁵²、蒙古¹⁵³、和沙特阿拉伯¹⁵⁴都分别都在其加入 WTO 的协议中写入了将要加入 GPA 的条文。

此部分将对 GPA 的实体性的和程序性的规则做一个深入的分析。首先，描述 GPA 的目标和其一般性的原则。其次，描述 GPA 的范围。第三，将要讨论一个公共实体能够制定的产品要求。第四，将讨论不同的招标投标程序。第五，讨论为 PPP 选择潜在供应商的标准。第六，讨论授予合同的标准。最后，将讨论采购的形式部分，例如招标文件和招标通知的发布。

3.2 目标和原则

同 WTO 的整体目标相一致，GPA 也有经济的非歧视性目标，并且追求更大的自由化、扩展世界贸易和运用非歧视性原则。为了避免在授予合同过程中的专断，GPA 致力于增强与政府采购有关的法律、法规和程序以及实践的透明度。另外，GPA 也以为发展中国家尤其是最不发达国家提供特殊的有差异的规则为目标，因为在政府采购过程中应当考虑到其对发展、融资和贸易的需求。

GPA 的目标体现在下述 GPA 的原则中。这些原则是非歧视原则、国民待遇原则、透明度原则以及对发展中国家的特殊和有差别原则。

3.2.1 非歧视原则

在 WTO 的背景下，非歧视原则是经常与 MFN 原则和国民待遇原则相关联的。在 GPA 下并不存在对此原则的例外，尽管避免使用“MFN”这一术语。在确保公共采购市场的公平竞争的时候，非歧视原则是关键。本部分主要关注的是非歧视原则的一般概念以及 GPA 下最惠国的特性。下一部分主要关注的是国民待遇原则。

GPA 的第 3(1)(b)要求 GPA 的成员国不要对来自某一成员国的货物、服务和供应商的待遇低于来自另外一个成员国的货物、服务和供应商的待遇。在 GPA 文本中，并没有提及“MFN 待遇”，尽管其中的某些规定同 MFN

¹⁵² Report of the Working Part on the Accession of the Former Yugoslav Republic of Macedonia, WT/ACC/807/27 of 26 September 2002, para. 177 and para. 255; cf. Decision of Accession of the Former Yugoslav Republic of Macedonia of 15 October 2002, WT/L/494 of 18 October 2002, Part. I.2.

¹⁵³ Report of the Working Party on the Accession of Mongolia, WT/ACC/MNG/9 of 27 June 1996, para. 59 and para. 61; cf. Decision of Accession of Mongolia of 18 July 1996, WT/ACC/MNG/10 of 25 July 1996; cf. Protocol of the Accession of Mongolia, WT/ACC/MNG/11 of 25 July 1996, Part. I.2.

¹⁵⁴ Report of the Working Party on the Accession of the Kingdom of Saudi Arabia, WT/ACC/SAU/61 of 1 November 2005, para. 231 and para. 315; cf. Decision of Accession of the Kingdom of Saudi Arabia of 11 November 2005, WT/L/627 of 11 November 2005, Part. I.2.

原则有许多相似之处。一般的 MFN 原则同 GPA 中的相似的规定区别之处在于 GPA 所涵盖的实体和货物的范围是基于互惠原则，也就是说 GPA 成员国在其各自适用范围的框架内能够依据互惠性的安排而对 GPA 成员国给予不同的待遇。¹⁵⁵例如，尽管加拿大和日本都是 GPA 的成员国，加拿大的供应商向日本某些次中央政府实体的采购进行投标时，GPA 的规则是不适用的，尽管 GPA 规则适用于所有的其他 GPA 的成员国。

另外一个与传统的 MFN 原则相背离的地方在于贸易伙伴之间的非歧视仅限于 GPA 成员国的范围内，而不包括其他的非 GPA 成员国的 WTO 成员国。例如新加坡的公共当局必须对来自丹麦和美国的潜在供应商实施非歧视性，但是允许新加坡对来自丹麦和美国的潜在供应商给予比来自另外一个非 GPA 成员国的潜在供应商更为优惠的待遇。如前所述，问题在于是否 GATT 1994 中的 MFN 原则适用于货物的政府采购，也就是说，在政府采购货物情形下，是否 MFN 原则能够被适用于非 GPA 成员国。在实践中这一问题并未得到解决，并且不同的评论者有着许多不同的意见。¹⁵⁶尽管如此，清楚的一点是，关于服务的 GATS 中的 MFN 原则是不适用于政府采购领域的。据此，仅 GPA 适用于政府采购服务的行为。公共实体建立一项以服务构成的 PPP 时，这种服务属于 GATS 的调整范围之内，但是政府的这种行为是不受 GATS 的 MFN 原则的调整的，因此公共实体能够对 GPA 的成员国实施比其他 WTO 成员国更优惠的待遇。

非歧视原则的另外一方面是其被写入了 GPA 的第 3(2)(a) 中。公共实体必须不能够对当地的一个供应商比另外一个当地的供应商更低的待遇，当后一供应商在某种程度上是附属国外企业或者由外国投资者所拥有时。例如，政府政策可能倾向于吸引外商对 PPP 的投资，这些外商拥有在国内建立的潜在的供应商的全部或者部分股份；而不允许国内投资者所有的供应商来参与投标。这种反歧视是 GPA 下所不允许的。

GPA 的第 3(2)(b) 条规定，如果依据原产地规则产品的生产国是 GPA 的成员国，公共实体不可以基于提供的货物或服务的生产国而歧视本地供应商。这一点将在 1.3.4.2 部分进行阐述。

3.2.2 国民待遇原则

GPA 的第 3(1)(a) 中写入了国民待遇原则。GPA 成员国不可以给予来自其他成员国的产品、服务或者供应商低于给予本国产品、服务和供应商的待遇。

¹⁵⁵ See also C. Bovis (2006). *The New Public Procurement Regime: A Different Perspective on the Integration of Public Markets of the European Union*. European Public Law, vol. 12., no. 1, 73-109 at p. 104. See more in section 错误！未找到引用源。.

¹⁵⁶ See above in section 错误！未找到引用源。.

期望建立一个 PPP 项目的公共实体不能够要求私人供应商提供的产品仅仅原产于公共实体所在国。

同非歧视原则和国民待遇原则一样，GPA 不允许公共实体在供应商资格条件 and 选取供应商、产品和服务的过程中，或者在评标和授予合同时施加、寻求或者考虑补偿。¹⁵⁷ 补偿措施在 GPA 中是被解释为通过本国含量、技术许可、投资要求、counter-trade 或者类似要求，用来鼓励当地发展或者促进账户收支平衡的措施。¹⁵⁸ 尽管如此，在发展中国家和最不发达国家的情形下还是允许补偿的。¹⁵⁹

3.2.3 对发展中国家的特殊和差别待遇

第 5 条是关于对发展中国家和最不发达国家的特殊规则和差别规则的条款。第 5 (1) 款规定了目标：发达国家必须完全考虑到发展中国家、尤其是最不发达国家的发展、融资和贸易需求。尽管规则仅限于关注于发展中国家和最不发达国家对平衡收支、促进建设和发展国内产业、对依赖于政府采购的产业的的支持等方面的需求，通过区域的或者全球的发展中国家之间的安排来鼓励经济的发展。在发展中国家和最不发达国家加入 GPA 的谈判过程中必须考虑到这些目标。

在制定和适用影响政府采购的法律、法规和程序时，GPA 的发达国家应当促进从最不发达国家进口量的增长，体谅最不发达国家的特殊问题和这些国家所处的经济发展的低阶段。¹⁶⁰ 这一规则仅要求促进从发展中国家和最不发达国家的进口的增长。这一规则并没有暗含着这样的内容：发展中国家的公共实体应当给予来自发展中国家的供应商的投标优惠于来自于发达国家的供应商的投标的待遇。

第 5(4)款规定，发展中国家可能会通过谈判排除将国民待遇原则适用于某些写入附件中的实体、货物和服务。更多的讨论见关于附件的第 1.3.3 部分。尽管 GPA 的发达国家成员国应当考虑到上述目标，但这种排除是取决于 GPA 成员国之间的相互协议。同样，GPA 允许发展中国家和最不发达国家在加入 GPA 的协议生效后修改关于 GPA 所涵盖的实体和产品的出价。¹⁶¹

发展中国家可以寻求补偿，例如通过鼓励本地发展或者促进收支账户的平衡，在参与采购的资格审查过程中——而不是通过授予标准。为了寻求补偿，发展中国家必须就其适用的条件进行谈判。¹⁶²

¹⁵⁷ Art. XVI.1 of the GPA.

¹⁵⁸ Footnote re Art. XVI.1 of the GPA.

¹⁵⁹ Art. XVI.2 of the GPA.

¹⁶⁰ Art. V.2 of the GPA.

¹⁶¹ Art. V.5 of the GPA.

¹⁶² Art. XVI.2 of the GPA.

对发展中国家和最不发达国家制定的特殊和差别对待条款存在着一些不清楚和备受批评的地方：

- 在 WTO 的法律国家下并不存在着对发展中国家和发达国家的定义。GPA 成员国必须自己界定其是一个发展中国家或者是一个发达国家。尽管如此，一个 GPA 成员国如果没有同其他 GPA 的成员（该成员国可能不同意前者将自己划分为发展中国家一类）之间展开一场政治辩论那么其是不能够自己界定为发展中国家的。依据联合国提供的定义，其仅对最不发达国家进行了界定。¹⁶³

- 尤其是最不发达国家可能没有实现例外的谈判能力，如对国民待遇的例外。

- GPA 文本的第 5 条的表述十分含糊。在存在争议的情形下，问题在于，当某一成员国要求发展中国家履行义务时，专家组是否应当对解读相关条文，尤其是相关目标有所犹豫。¹⁶⁴

为发展中国家和最不发达国家制定的特殊和有差别的条款还没有对发展中国家和最不发达国家产生吸引力。有意思的是，如前所述，包括 WTO 在内的某些国际机构在发展中国家和最不发达国家中推动 PPPs 理念以促进基础设施的发展等。问题在于是否 GPA 成员国的拒绝会抑制来自非成员国的某些供应商对 PPPs 中的投资，因为 GPA 毕竟能够对这些供应商提供某些法律的确定性。¹⁶⁵

3.2.4 透明度

透明度是政府采购中的一个关键词。一方面，透明度确保不同的产品和服务的供应商对潜在的政府采购的了解，以让公共实体了解供应商的产品。因此，透明度降低了交易成本。另一方面，透明度在某种程度上确保公共实体不在供应商之间造成偏倚或者歧视。因此，透明度限制了专断的授予合同的可能性和贿赂的可能性。

GPA 同其执行制度包含了许多放映透明度原则的规则。如前所述，GPA 成员国必须告知政府采购委员会其国内法律的变动。因此这些变动也会被其他的 GPA 成员国所了解。另外，第 19 条给 GPA 成员国附加了向委员会

¹⁶³ See United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD); <http://www.unctad.org/>

¹⁶⁴ See Panel practice in the anti-dumping area, *US – Steel Plate*, WT/DS206/R, report of the panel on 28 June 2002, para. 7.110. Compared to the GPA, the question is whether the GPA is clear in defining any obligations on developed countries. See also panel in *EC – Tube or Pipe Fitting*, WT/DS219/R, report of the panel on 7 March 2003, para. 7.68.

¹⁶⁵ The GPA has been criticized for not being appropriate to developing and least-developed countries. See for example V. Guimaraes De Lima e Silva (2008). *The revision of the WTO Agreement on Government Procurement: to what extent might it contribute to the expansion of current membership?* Public Procurement Law Review, 2, 61-98, at pp. 68-81.

收集和提供年度国内 GPA 范围内的采购的统计数据，并且每一个 GPA 成员国必须依赖于其他 GPA 成员国提供关于涵盖范围内的实体的信息和其他个别授予合同的信息。尽管如此，这是还存在着关于保密信息的例外。¹⁶⁶

此外，GPA 保证了关于在政府采购领域可以适用的招投标程序的规定和公共实体如何告知潜在的供应商关于采购、合同授予等方面信息的规定。

3.3 适用范围

一般而言，GPA 涵盖了所有类型的货物。关于服务和工程服务，GPA 存在着更多的限制，因为其仅适用于哪些各国出价中所涵盖的服务和工程服务。此外，GPA 更具限制性是因为成员国能够设置其各自的门槛价，并且在某种程度上分别地决定哪些实体应当被纳入 GPA 的适用范围。

对货物和服务的限制是每个成员国确定涵盖实体的门槛。门槛价可以通过特别提款权（SDR）来衡量，特别提款权是一个由欧元、日元、英镑和美元这四种货币组成的一揽子。SDR 是基于这四种货币的每种货币的具体数量，以美元标价。SDR 是根据每日四种货币的汇率来更新价格。SDR 是在国际货币基金组织（IMF）的管理之下。¹⁶⁷ GPA 涵盖范围内的实体每次采购的价格不低于门槛价，则在 GPA 的适用范围之内。¹⁶⁸

GPA 包括涉及这些限制的附录 1。在附录 1 是根据每个成员国而分别确定的。附录 I 是 GPA 的不可分割的组成部分，¹⁶⁹并且其能够在 WTO 的网站上获得。¹⁷⁰附录 I 包括 5 个附件和总备注。

3.3.1 附件：门槛价、实体、服务和工程服务

每个 GPA 成员国的附录 I 的 5 个附件是关于 GPA 所涵盖的实体的范围，以及 GPA 所涵盖的货物和服务的门槛。

附件 1 包括了 GPA 之下的中央政府实体。例如韩国在 GPA 之下列入了许多中央政府实体，并且在附件 1 中将货物的门槛价定为 130,000 提款权。因此，在韩国出价清单中列明的中央政府实体的每次采购，如韩国土地部、交通和海事局购买价值为 130,000 SDR 或者之上的货物时则适用 GPA。例如，如果在韩国该部是将要为基础设施项目购买货物，并且设立了 PPP，那么 GPA 也会适用于这样的安排。

¹⁶⁶ Art. XIX.4 of the GPA.

¹⁶⁷ See more information about SDR on the web-page of the International Monetary Fund: <http://www.imf.org/external/np/exr/facts/sdr.htm>.

¹⁶⁸ GPA, Art. I.4.

¹⁶⁹ GPA, Art. XXIV.12.

¹⁷⁰ See http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/appendices_e.htm.

附件 2 包含了纳入 GPA 之下的次级中央政府实体。例如，韩国列了这样一个实体清单，例如首尔首都地区政府（Seoul Metropolitan），并且采购货物的门槛价为 200,000 SDR。

附件 3 中包含了 GPA 涵盖的所有其他实体。以韩国为例，韩国将大韩高速公路公司（Korea Highway Corporation）写入了 GPA 下所涵盖的许多实体的清单之中。采购货物的门槛价为 450,000 SDR。

附件 4 中包含了 GPA 所涵盖的服务。每个成员国都能够列一份各自的服务清单。每个成员国的清单都分别可以是积极列举或者是消极列举。例如，韩国就 GPA 所涵盖的服务清单制作了一份积极列举清单。清单之外的所有其他服务都被排除在了 GPA 之外。因此，如果在附件 1,2 或者 3 中提到的实体签订了分关于一项或者多项服务的 PPP 项目，而这些服务又被明确的例举在了附件 4 中，那么该实体必须遵循 GPA 的程序。

附件 5 包括了每个 GPA 成员国各自所涵盖的工程服务的清单。例如，韩国纳入 GPA 适用范围的这类服务制定了一个积极的列举清单。此外，依据是否实体是否为 GPA 所涵盖的中央实体（附件 1）、次中央实体（附件 2）、或者是其他实体中的一个实体（附件 3）而有不同的门槛价。对于中央政府实体而言工程服务的门槛价是 5,000,000 SDR，对于次级中央政府实体而言门槛价是 15,000,000 SDR，并且是对于所有的采购工程服务的其他实体而言门槛价是 15,000,000SDR。

GPA 所包含的不同国家不同的实体清单——每个 GPA 成员国写入附件 1,2 或者 3 中的实体，在其定义上不是总是清楚的。在“韩国采购”案中就涉及到了这一点。在该案中，美国主张“分支机构和服务机构”是包含在韩国列入 GPA 中的实体范围之内。韩国政府在其承诺中规定：“上述中央政府实体包括其直接附属机构、特别的地方行政组织以及如《大韩民国政府组织法》（the Government Organization Act of the Republic of Korea）中所描述的附属机构。”尽管如此，专家组没有据此为基础来将清单中所列实体的分支机构和附属机构包括进来，并且驳回了美国的主张。¹⁷¹

每个成员国所涵盖的所有服务和工程服务——无论通过其积极性或消极性清单列举的——在其附件 4 和附件 5 中都被按照“WTO 服务部门分类清单（WTO Service Sectoral Classification list）”进行分类。¹⁷²这一系统对不同的服务有其自身的编号。例如“垃圾处置服务”在清单中的编号为“6.B”。尽管如此，WTO 分类系统涉及到“中央产品分类”（CPC）系统，这一系统是联合国统计署使用的关于货物和服务的国际分类体系。¹⁷³ CPC 要比 WTO 的系统更为详细。在旧版的 CPC 系统中“垃圾处置服务”的分类编号

¹⁷¹ *Korea – Procurement*, WT/DS163/R, report of the Panel on 1 May 2000, paras. 7.14-7.83.

¹⁷² Services Sectoral Classification List, Note by the Secretariat, MTN.GNS/W/120 of 10 July 1991.

¹⁷³ See for more information about CPC on <http://unstats.un.org/unsd/class/default.asp>

为“9402”。存在双重分类系统的问题之一在于无论是“WTO 服务部门分类清单”还是成员国加入 GPA 中的附件都不依据 CPC 的更新而更新。WTO 系统和附件中所涉及到的 CPC 都是临时性的 CPC。¹⁷⁴

一些 GPA 成员国的出价会涉及到两个系统，以防 WTO 系统在某些时候不能够清楚地指明某类服务在 CPC 中是哪一类服务，WTO 系统会将这类服务划分为“其他”服务。例如，韩国会经常提及这两种系统。在 WTO 系统不能够明确指定是哪类服务时，某些成员国仅提及 CPC 系统。例如日本，其在其附件 4 中包含了建筑物清理服务，但是仅仅提及 CPC 编号 874。最后，其他的成员国，例如欧盟，仅仅提及 CPC 体系。¹⁷⁵

3.3.2 总备注

除了五个附件之外，附录 I 还包括了 GPA 成员国的总备注，它同样是 GPA 的不可分割的组成部分。¹⁷⁶总备注反映了 GPA 的互惠的特性——并且是 MFN 原则的例外——通过对 GPA 成员间形成歧视。例如，如上所述，在日本的次级中央政府实体开展采购的过程中 GPA 并不对加拿大的投标所适用，尽管此时 GPA 规则适用于所有的其他 GPA 成员国。这是源于日本的总备注中的规定。另外一个案例是，美国的总备注。在美国的总备注中对于工程服务而言，对韩国供应商 GPA 仅仅适用于附件 2 和 3 中所列实体所进行的 15,000,000 SDR 以上的采购；对其他 GPA 成员国而言，则附件 2 和附件 3 所列实体所适用的门槛价为 5,000,000 SDR。同样对于韩国的投标，GPA 不涵盖美国中央政府实体（附件 1）所进行的工程服务的采购。因此就工程服务采购而言，美国给予了其他成员国比相对韩国而言更好的待遇。

如果一项公共采购是低于门槛价的，或者是采购的服务或者工程服务并未例举在附件中，那么 GPA 是不适用的。

3.3.3 计算合同的估值

GPA 的第 2 条为公共实体计算合同的价值规定了特别条款。意图在于避免公共实体通过使用计算方法使得合同价值低于门槛价水平进而规避 GPA 的适用，从而使得某些供应商获利。GPA 在其一个脚注中提到，GPA 将使用与那些价值等于或者高于门槛价的政府合同。¹⁷⁷因此，如果，假如美国中央政府实体想建立一个关于交通服务的 PPP，并且评估的合同价值

¹⁷⁴ See the provisional CPC on <http://unstats.un.org/unsd/cr/registry/regcst.asp?Cl=9&Lg=1>.

¹⁷⁵ See the Annex 4 of the EU.

¹⁷⁶ Art. XXIV.12 of the GPA.

¹⁷⁷ Art. II.1, Footnote 2.

超过了 130,000 SDR——这是美国对于中央政府实体采购服务的门槛价，那么将要适用 GPA 规则。¹⁷⁸

价值应当将各种形式的报酬考虑在内，包括奖金、费用、佣金以及利息。在这种计算价值的方式之下，公共机构必须不能通过降低价值的方式来规避 GPA 的适用，例如通过分割采购需求或者是任何其他规避 GPA 的方式。¹⁷⁹

如果单项采购要求授予一个以上的合同，或者使合同分几个部分授予，那么这应当根据 GPA 的第 2(4)(a)和(b)的规定来处理。实体必须从其他类似合同的实际价值和已经授予合同的续生合同的实际价值中选择一个作为计算的基础。（choose between finding a basis from the actual value in other contracts that are both similar and recurring like the one offered for the procurement.）这些其他合同应当是被纳入之前一财政年度或者是经过调整过的 12 个月的时间范围之内的，如果可能，最初合同订立后的 12 个月内有质量或者是价格方面的预期变化，或者在未来的一个财政年度或者是在首次缔约之后的 12 个月内找到续生合同的评估价值的基础。

第 2(4)并没有建议这两种评估方法之间的先后适用顺序，但是明显地第 2（4）穷举了所有的方法，这也就是说，实体不能够使用这两种评估方法之外的其他方法。可能存在的一个问题是，尽管如此，当实体没有相似的和续生其他合同的情形或者没有仅续生其他合同作为评估的基础时，如何评估合同的价值？同样，从字面含义来理解似乎评估的基础不能够仅仅基于其他一个合同；比较“contracts”在第 2(4)(a)和(b)中的复数形式。¹⁸⁰

第 2(5)是关于租赁、租购或者雇用采购货物或服务合同，或者并没有列明总价值的合同。在这些情形中，估价的基础应当是：

“（a）对于定期合同，如其期限等于或者少于 12 个月，则估价基础应为和合同有效期内的合同总价值，或如果其期限超过 12 个月，则估价基础应为包括估计的剩余价值在内的合同总价值。（b）对于期限不确定的合同，估价基础应为月摊付额与 48 的乘积。”¹⁸¹

其进一步规定，如果有任何疑问，则使用(b)项中规定的估值方法。

3.4 产品要求和其他限制

GPA 中对公共实体想要对产品设置要求的行为施加了限制。例如，公共实体可能要求 PPP 的参与方尽量使用某种特定形状的产品。在前文中我

¹⁷⁸ See US, Appendix I, annex 1.

¹⁷⁹ Art. II.2 and Art. II.3.

¹⁸⁰ That would follow from the textual interpretation.

¹⁸¹ Art II.5 of the GPA.

们已经提到过，产品的要求是不能建立在补偿的基础上的。除了对补偿的限制以外，对产品的要求的限制还体现在对技术规格和原产地的限制之上。

- 技术规格：如果一个公共实体自由地决定采购某些产品，如拥有特定商标的产品，那么这将违反非歧视原则。这将给予公共实体一个作出专断性决定的选择，例如仅允许特定商标的拥有者来进行加入 PPP 的投标。

- 原产地规则：公共实体可能发现自身处于一种境地：即将履行 PPP 私人参与方正在使用的最终产品中包含了被公共实体所在国征收了反倾销税的产品要素。例如，考虑到欧盟对印度生产的制衣棉布征收了反倾销税。欧盟某一成员国的公共实体有兴趣建一所医院，其中需要使用的布料产自印度。问题在于公共实体是否能够拒绝潜在供应商提供的被单和枕套。

接下来的部分将更为深入地探讨技术规格和原产地规则。

3.4.1 技术规格

GPA 第 6 条中规制了技术规格。该条处理了，公共实体所施加的对技术规格的真正需求和为了准备采购公共实体能够从潜在的供应商或者是其他对采购存在利益的实体处进行咨询的程度。接下来将分别讨论这两个部分。

3.4.1.1 技术规格

如果按照第一段关于技术规格的规定，如质量、性能、安全和尺度、符号、术语、包装、标志和标签，或者是生产工艺和方法以及与采购实体规定的合格评定程序有关的要求等技术规格的制定、采用或实施不得以对国际贸易造成不必要的障碍为目的，也不得产生此种效果。因此，允许公共实体制定技术规格，例如要求供应商达到特定的质量标准，但是任何技术规格都不能够视为了对贸易造成不必要的障碍，或者产生这种效果。“不必要的障碍（unnecessary obstacles）”这一词很值得关注。这可能暗示着存在这种情况：在必要时，技术规格可能会成为贸易的障碍。例如，为了执行某些安全性要求，公共实体能够要求产品的说明书被翻译成公共当局所在国的语言。¹⁸²

第 6（2）款涉及到对技术规格的要求。技术规格应当，在适当时，依据性能而非设计或者描述性的特征，并且技术规格应当给予国际标准，例如有国际标准组织（ISO）所开发的标准。如果没有国际标准存在时，技术规格应当给予国家技术法规，被公认的国家标准化或者是建筑规格。

¹⁸² See for a thorough examination S. Arrowsmith (2003). *Government Procurement in the WTO*. Kluwer Law International (The Hague), pp. 312-317

不允许公共实体要求或者提及某一特定商标、专利、设计或型号、具体原产地、生产商或者供应商；第 6（3）款中的规定，仅仅只有在没有足够准确或者易懂的方法来描述对产品的采购要求，如果在招标文件中写入“或相等于”这一措辞时，公共实体才被允许如此行为。

3.4.1.2 对技术规格的建议

由于 PPP 的复杂性，公共实体可能会向潜在的供应商征求建议以形成和明确公共实体的需求。在第四章中我们将要讨论到的，欧盟使用竞争性对话的方式来在如此复杂的安排中实现对灵活性的要求。GPA 的第 6(4) 对这种对话施加了限制。其规定，如果会导致排除竞争，公共实体不应当寻求或者接受供应商就其具备商业利益的特定的采购所给出的建议。一个“公司（firm）”此处可能同其他所有对 PPP 具有商业利益的公司一样，会是 PPP 的任何潜在的供应商。尽管如此，如果不会排除竞争，那么可以征求建议。

对于“竞争”的强调并不意味着放弃了非歧视规则。第 6(4)款应当在非歧视规则的背景下分析，也就是说，公共实体不能够仅从国内私人供应商处征求建议，而是应当首先确保关于制作技术规格的建议的寻求并没有违反第 3 条中规定的非歧视和国民待遇原则。如果公共实体满足了第 3 条的要求，并且能够从对 PPP 具有商业利益的私人参与方处征求建议，如一个供应商，没有违反第 3 条，公共实体必须以不排除竞争的方式来咨询。一个可能的方式是向所有的潜在供应商进行咨询，并且开展一个关于 PPP 的复杂性的具体解决方案的对话。例如，如果技术规格是依据 PPP 的某一个潜在私人供应商的建议而决定的，产品的技术规格不能够是提建议的供应商所独有的。假设在现行的市场结构下，技术规格应当以这样一种方式作出：其他供应商（other suppliers）能够建议一种与提出建议的供应商（the advising supplier）生产的相似的产品。

如果公共实体从潜在供应商处征求建议，问题在于出于保密性的要求从某一供应商处获得的某些信息能够确保不被其他供应商知晓，正如 GPA 第 19(4)款中规定的。由公共实体决定从潜在供应商处获得的什么信息具备秘密性。当然，某些信息，例如商业秘密，必须不能够向其他潜在的供应商披露。尽管如此，当涉及定义和细化自身的需求的对话时，公共实体不能够保持所有的信息都为秘密的。例如，产品的所有特性，也就是说公共实体所需要的产出必须披露。否则，保密性规则可能被用来规避 GPA 的适用和妨碍竞争。

第 6(4)款是对公共实体参与同潜在供应商之间对话的选择权的限制，这种对话是为了界定公共实体在 PPP 中复杂方面的需求而开展的，如果这个对话的结果不能够向其他潜在的供应商披露。

除了对从潜在的供应商处寻求对技术规格的限制外，不清楚第 6 条是否允许公共实体能够就与技术标准无关的事项进行咨询。例如，在 PPPs 的情形下，存在着与 PPP 结构有关的组织和融资事项，这些都值得公共实体和私人参与者之间在公共实体的确切需求清楚地建立之前进行讨论。第 6 条的标题是“技术规格”，这暗含着 GPA 的谈判者之间的目的仅在于规制技术规格而不是其他的规格。尽管如此，第 6(4) 款仅提到了“specifications(规格)”，而在第 6 条的第 1 款和第 2 款中都提到的是“technical specifications (技术规格)”。基于第 6(4) 款的真实的文意，可以主张第 6(4) 款中所指的“specifications”的含义要广于第 6(1) 和 (2) 款中的含义。如果 GPA 文本的起草者想要在第 6(4) 款中限制性地仅仅涉及“technical specifications”，那么他们会将其写入第 6(4) 款中。从这个角度而言，第 6(4) 将同样包括关于其他事项的规格，而不仅仅是在第 6(1) 和 (2) 项中所涉及的“technical specifications”。

3.4.2 原产地规则

GPA 在第 4 条中规制了原产地。一般而言，原产地规则涉及到哪里是产品的原产地的判定标准。尽管 WTO 促进成员之间的贸易，但是还是存在着一些例外使得 WTO 成员国可以对其他国家的产品施加壁垒，例如利用倾销和对产品进行补贴等不公平贸易。¹⁸³

除了其在正常贸易期间所适用的原产地规则以外，GPA 成员国不应当适用其他关于政府采购的原产地规则。GPA 成员国也不应当适用不同于其从同一成员国进口或者供应相同产品或者服务时所运用的原产地规则。

一般而言，WTO 成员国已经建立了一个工作计划来协调原产地规则。¹⁸⁴ GPA 的成员国应当考虑到这一工作计划的结果。¹⁸⁵

3.5 程序

正如上述，GPA 对公共实体和潜在供应商之间的对话施加限制了，这些对话的目的在于为公共实体的采购做准备而界定和形成公共实体关于技术规格的需求。问题在于是否 GPA 之下的采购程序允许 PPP 安排中存在对灵活性的需求。接下来将要描述 GPA 所允许的程序。

3.5.1 关于程序的一般性规则

¹⁸³ See GATT 1994, Art. VI and Art. XVI and the related Agreements; Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade, and Agreement on Subsidies and Countervailing Duties.

¹⁸⁴ See Art. 9 in the Agreement on Rules of Origin.

¹⁸⁵ Art. IV.2 of the GPA.

GPA 为公共实体与私人参与方之间的缔约提供了三种程序：公开招标、选择性招标和有限招标。在公开招标和选择性招标之间没有适用的先后。¹⁸⁶有限招标程序是一个例外，并且某些条件具备时能够被使用。¹⁸⁷

在特殊情形下，这三种程序能够包含谈判。涉及谈判方面将在第 1.3.5.1.4 中讨论。

GPA 并没有给 PPPs 提供一套特别的程序。GPA 并没有明确地处理公共实体需求的讨论和细化中对灵活性的需求，例如由欧盟的采购制度中所提供的竞争性对话。GPA 中没有明确的提及这一程序，问题在于 GPA 是否在这三种程序之下提供了足够的灵活性或者谈判选择权。从另一个角度而言，问题在于在多大程度上公共实体能够使用潜在供应商来讨论、细化和形成公共机构试图实现的所有目标。清楚地是，采购 200 台学校的课桌和建设、运营和维持一所学校之间是存在不同的。后者不能够在给投标者的邀请通知中被轻易的明确下来，并且其还要求从潜在的供应商处获得关于其履约能力的真正的局限性的专家意见。

3.5.1.1 公开招标程序

GPA 中的公开招标程序要求所有感兴趣的供应商可以向公共实体提交投标。

在 PPPs 的情形下，有些程序可能不太适当。因为 PPPs 进程经常涉及到公共实体和私人参与者之间的复杂的法律、经济和组织安排，公开招标程序似乎不适合，因为这样的价格会很高。公开招标中不允许公共实体仅选择少数投标者出来开展对话。因此，公开招标程序可能不适合于高度合作的伙伴关系，例如制度性 PPP(IPPP)。¹⁸⁸

3.5.1.2 选择性招标程序

通过运用选择性招标程序，仅有那些被公共实体邀请的供应商才可以递交投标。¹⁸⁹第 10(1)款规定，为了确保国际竞争的最优效应，在与采购系统的有效运行相一致的同时，公共实体必须从最大数量的国内供应商和 GPA 成员国的供应商中邀请投标者。公共实体必须以一种公平和非歧视的方式来选择供应商参与到程序中。¹⁹⁰公共实体似乎对依据公平、非歧视和

¹⁸⁶ S. Arrowsmith, *Government Procurement in the WTO* (The Hague: Kluwer Law International, 2003), 181.

¹⁸⁷ Art. XV.1 of the GPA.

¹⁸⁸ See more in chapter 2.

¹⁸⁹ Art. VII.3(b) of the GPA.

¹⁹⁰ Art. X.1 of the GPA.

国际竞争来决定参与者的数量有着有限的裁量权。显然，对参与者的数量的限制仅从采购制度的运营方面才能找到正当性。¹⁹¹

通过运用选择性招标程序，公共实体是在适用一种两阶段程序。

- 首先，存在着一个资格审查程序。通过表明其对政府合同或者 PPP 的兴趣以及其具有提交投标的资格条件，感兴趣的供应商可以使用的公共实体了解它。在这一阶段，公共实体应当决定哪些感兴趣的供应商有资格来提交投标。资格审查程序将在 1.3.6 部分中讨论。以采购制度的运行为基础，公共实体将能够减少评估投标的成本，在复杂的 PPP 招投标中这一成本可能较高。¹⁹²

- 其次，有资格的潜在供应商将被允许提交投标，这些投标将要被公共实体进行评估。

第 10(3)款要求公共实体应当允许还未获得提交投标资格的潜在供应商投标，在考虑是否存在着足够的时间来完成资格审查程序的前提下。公共实体能够对这种额外供应商的数量加以限制的理由仅为采购制度运行的有效性。

选择性招标程序似乎比公开招标程序更为适合 PPP。通过设置资格审查回合和选择合适的供应商来参与进一步的定性的资格审查程序，公共实体能够朝着更为复杂的安排开展工作，例如 PPP。

尽管如此，问题仍然在是否选择性招标程序向某一对话适用，例如竞争性对话——公共实体和潜在的供应商之间为了对 PPP 中经常复杂性的组织的、法律的和融资的问题的未确定方面提供不同解决方案的对话。规制选择性程序的规则在这一方面并没有做出回答。这一问题将要在 1.3.5.1.5 中讨论到。

3.5.1.3 有限招标

在有限招标程序中，公共实体分别与供应商进行联系。有限招标程序仅能够在某种情形下适用——只要有限招标程序不用以避免最大可能的竞争或者是违反国民待遇原则或非歧视性原则。在 GPA 的第 15(1)款中穷尽列举了可以适用的不同情形。

(a)如公开或者选择性招标无投标书，或者如果提交的投标书时串通的，或不符合招标的基本要求，或来自不符合依照本协定规定的参加条件

¹⁹¹ See S. Arrowsmith (2003). *Government Procurement in the WTO*. Kluwer Law International (The Hague), at p. 212.

¹⁹² See S. Arrowsmith (2003). *Government Procurement in the WTO*. Kluwer Law International (The Hague) at p. 202.

的供应商，但条件是在授予的合同中未对最初招标中的要求进行实质性修改；

(b)如对于艺术作品或者因保护专利或版权等专有权利有关的原因，或由于技术原因而无竞争，产品或服务只能由一特定供应商供应，且不存在合理的选择或替代；

(c)在绝对必要的情况下，如由于有关实体未能预见的事件所造成的极为紧急的情况，产品或服务不能通过公开或选择性招标程序迅速供应；

(d)对于原供应商的额外交货，目的在于为现有供应或装置更换部件，或扩大现有供应、服务或装置，而如果更换供应商将迫使有关实体采购的设备或服务不能满足于现有设备或服务的互换性要求；

(e)一实体采购应其请求在关于研究、实验、考察或原始开发的特定合同执行过程中开发的原型或第一个产品或服务。如此类合同得以履行，则随后进行的产品或服务的采购应遵守第 7 条至第 14 条的规定；

(f)未包括在最初合同中的、但属原始招标文件目标范围内的额外建筑服务，由于无法预见的情况，成为完成合同所述建筑服务的必要内容，而因技术或经济原因，将额外建筑服务与最初合同进行分离难以做到，且会给有关实体造成严重不便，有关实体需要将额外建筑服务的合同授予实施有关建筑服务的承包商。但是，所授予的额外建筑服务合同的总价值不得超过主合同数额的 50%；

(g)由重复提供类似建筑服务所组成的新建筑服务，该项服务符合依照第 7 条至第 14 条授予的最初合同中的基本工程项目，且有关实体在关于该最初建筑服务的预定采购通知中已表明，在授予此类建筑服务合同时可能使用有限招标程序；

(h)在商品市场上采购的产品；

(i)对于在非常短的时间内出现的特别有利条件下进行的采购。本规定旨在涵盖非常规供应商所进行的非常规处理，或对进行财产清算或财务清算的企业资产的处理。本规定无意涵盖从正常供应商处进行的常规采购；

(j)对于将合同授予设计比赛获胜者的情况，只要比赛是按与本协定一致的原则组织的，特别是关于向符合资格的供应商作出属第 9 条意义上的邀请参加此种比赛公告的规定，此种比赛应由独立评判委员会进行评判，以期将设计合同授予比赛获胜者。”¹⁹³

有限招标程序存在着许多法律保留之处，并且只要有这些保留之处，有限招标便不能够经常被适用于 PPPs。尽管如此，在就 PPP 合同重新开展谈判时，有限招标的某些方面可以考虑适用。例如，依据第 15(f)款的规定，

¹⁹³ Art. XV.1 of the GPA.

其允许公共实体适用有限招标程序，并且公共实体可以同其 PPP 的参与方签订关于额外性工程服务的合同，这一合同中所涉及的工程服务并没有在首次合同中涉及并且由于不可预见的原因其对完成工程服务而言变得十分必要，并且因为技术或经济的原因，授予第二个合同给其他供应商将会带来困难。但是，额外合同的价值必须不超过首次合同价值的 50%。

3.5.1.4 谈判

GPA 的第 14 条为公共实体通过与私人实体之间开展谈判的方式来完成辅助采购程序提供了可能。¹⁹⁴谈判能够被视为帮助公共机构在考虑所有需求的基础上界定真正的产出的工具。但是，谈判仅能够在以下两种情形下适用：

1) 在公共实体已经在预采购的首次通知中表明了开展谈判的意向，或者

2) 评标的结果表示没有任何投标书具备明显优势。

在建立 PPP 项目时，政府采购应当首先被要求显示有开展谈判的目的。

谈判的选择是有限制性的。第 14(2)规定，谈判应当“主要用来鉴别投标者的强势和劣势。”“主要 (primarily)”一词暗示着谈判除了涉及真正鉴别投标者的优势和劣势之外，也能够关注于其他方面。¹⁹⁵但是，这里的其他方面仅仅是一般原则的例外，并且必须谨慎地适用。¹⁹⁶这一例外似乎为招标过程中适用谈判提供了可能性——在递交投标书之前——来界定公共实体的真实需求。¹⁹⁷但是，取决于公共实体的具体情况来论证其行为与鉴别投标书的优势和弱势的这个一般原则的例外之间的相符合性。¹⁹⁸必须依据一般的透明度原则和非歧视原则来看待这一例外。因此，为了寻找组织的、制度的和融资等方面的解决方案，与私人参与方开展谈判的公共实体必须找到具有说服力的理由来解释其为何在递交最终投标之前开展这些谈判。问题在于是否基于降低交易成本的论点是否足够具有说服力。对公共实体适用谈判来界定其产出需求的另一个限制是第 6(4)款的规定，关于这一款我们已经在上述第 1.3.4.1.2 部分中阐述了。第 6(4)款涉及的是采购

¹⁹⁴ See B. M. Hoekman and P. Mavroidis (1997). *Basic Elements of the Agreement on Government Procurement*. Printed in B. M. Hoekman (ed) and P. Mavroidis (ed) (1997). *Law and Policy in Public Purchasing – The WTO Agreement on Government Procurement*. The University of Michigan Press. 13-31, at 17.

¹⁹⁵ See also S. Arrowsmith (2003). *Government Procurement in the WTO*. Kluwer Law International (The Hague), at 258.

¹⁹⁶ See about interpretation of exceptions in *US – FSC*, WT/DS108/AB/RW, report of the Appellate Body of 14 January 2002, para. 140.

¹⁹⁷ See S. Arrowsmith (2003). *Government Procurement in the WTO*. Kluwer Law International (The Hague), p. 258, who suggests that a dialogue between a public entity and potential suppliers may take place before the actual tenders have been submitted.

¹⁹⁸ See from GATT practice; *Norway – Tendering Procedures on Trondheim Toll Ring Project*, BISD 405/319, report of the panel on 28 April 1992, para. 4.5.

的准备。如果可以对于采购的准备适用谈判的选择权，那么对从潜在的供应商处征求建议的限制将会无效。依据《维也纳条约法公约》第 31(1)款的规定，这样的解释将不是善意的。

这样谈判的条款似乎仅适用于真正的投标书，或者在招投标程序已经启动之后运用。在投标程序已经启动和邀请公告已经公布的情形下，¹⁹⁹对同私人供应商之间合作来界定所需求的产品仍然存在限制。如果潜在的供应商要求提供招标书，或者其他信息，公共实体必须提供；公共实体提供对所需产品或服务的完整的描述信息、或者任何其他描述其要求的信息，包括技术规格、需要提供的资质证明，必要的计划、图纸和指导性材料。²⁰⁰显然，当招标程序已经启动时，如果还没有完全地界定真正的货物，公共实体将不能够实现这些要求。

第 14 条的文本暗示着，在第 14 条规定的谈判选择权之下，公共实体和私人参与方（它们也是潜在的投标者）之间在融资选择、组织和制度架构、法律等方面的建立过程中所展开的谈判是十分有限的。

3.5.1.5 参与对话的灵活性？

在 GPA 之下的公开招标程序、选择性招标程序、有限招标程序和谈判选择权，问题在于在多大程度上公共实体能够与潜在的私人参与者之间就明确公共实体潜在的对产出的需求而开展某种形式的竞争性谈判。挑战在于权衡声称的歧视和非透明度所带来的风险与降低交易成本以及降低公共实体和私人参与方之间的复杂伙伴关系的不确定性之间的关系。正如在第 4 章中将要讨论的，PPP 的复杂性的特质致使欧盟允许开展竞争性谈判。竞争性谈判是一种介于公开招标和谈判之间的程序。²⁰¹同样，《UNCITRAL 示范法》也建议“竞争性谈判”²⁰²，在公共实体阐述其详细的技术规格或者

¹⁹⁹ See more below in section 错误！未找到引用源。

²⁰⁰ See Art. XII.2(g) of the GPA.

²⁰¹ See in this line, S. Arrowsmith (2006). *Implementation of the new EC procurement directives and the Alcatel ruling in England and Wales and Northern Ireland: a review of the new legislation and guidance*. Public Procurement Law Review, 3, 86-136, at p. 102.

²⁰² Art. 49 of the UNCITRAL Model Law. It provides:

“(1) In competitive negotiation proceedings, the procuring entity shall engage in negotiations with a sufficient number of suppliers or contractors to ensure effective competition.

(2) Any requirements, guidelines, documents, clarifications or other information relative to the negotiations that are communicated by the procuring entity to a supplier or contractor shall be communicated on an equal basis to all other suppliers or contractors engaging in negotiations with the procuring entity relative to the procurement.

(3) Negotiations between the procuring entity and a supplier or contractor shall be confidential, and, except as provided in article 11, one party to those negotiations shall not reveal to any other person any technical, price or other market information relating to the negotiations without the consent of the other party.

(4) Following completion of negotiations, the procuring entity shall request all suppliers or contractors remaining in the proceedings to submit, by a specified date, a best and final offer

可识别的特征时不存在切实可行性时适用。²⁰³竞争性对话允许公共实体和潜在的私人参与方来就公共实体的需求来会谈、讨论以及制作解决方案。

一方面，可以主张：GPA 关于公共实体和私人参与方之间对话的具体规则的缺少不等同于对对话的禁止。正相反，WTO 法下没有明确地禁止，当成员国允许公共实体与私人参与方之间展开竞争性对话时，便不能够以该 GPA 的成员国违反了 GPA 而提起诉讼。只要遵循了 GPA 的原则，公共实体可以就如何满足需求而与供应商之间展开对话。例如，规制选择性招标程序的规则规定得太过模糊，以至于其能够在潜在的供应商通过资格审查进入第二阶段时，能够包含竞争性对话。只要竞争是非限制性的，并且适用了非歧视原则，公共实体与潜在供应商之间的对话将不是违反 WTO 法的。²⁰⁴这一观点还通过查找国际文本来支持其观点，例如指导许多国家政府采购制度的《UNCITRAL 示范法》中与竞争性谈判有关的规则以及欧盟关于竞争性谈判的规则。此外，在谈判的模型中对对话的限制，在上文中已经讨论过，不能够与对话的禁止相并列，因为“谈判(negotiation)”还有除了“对话(dialogue)”之外的其他含义。²⁰⁵

另一方面，可以主张：GPA 下没有关于对话的明确的程序，这些对话将是违反了 WTO 法的。WTO 法律已经列举了需要遵循的程序，列举清单之外的程序将是违反 WTO 法的。GPA 仅仅为公共实体和私人参与方提供了两种选择来进行竞争性对话这种必要的亲密接触：谈判和征求建议。这两者都存在限制性规定，并且应当在这种背景下讨论竞争性对话。如果 GPA 的起草者的目的在于成员国可以适用竞争性对话这种程序那么他们会将其写入 GPA，因为这一程序已经可以在欧盟制度下规定了。在谈判和征求建议所提供的选择权之外的任何对话，都将违反基本性的透明度原则，如果竞争性对话是一个闭门式的会议(closed-door meeting)。这种视角下公共实体在选择性招标程序之下运用竞争性对话提供了很少的空间。即使为了帮助识别公共实体的真正需求而展开对话或谈判，而在某些国际制度下寻找支持——在世界银行这种国际体制下也似乎是被禁止的。²⁰⁶不能够认

with respect to all aspects of their proposals. The procuring entity shall select the successful offer on the basis of such best and final offers.”

²⁰³ Art. 19 of the UNCITRAL Model Law.

²⁰⁴ See S. Arrowsmith (2003). *Government Procurement in the WTO*. Kluwer Law International (The Hague), at 265.

²⁰⁵ In Black's Law Dictionary, 'negotiation' is defined as "[t]he deliberation, discussion or conference upon the terms of a proposed agreement; the act of settling or arranging the terms and conditions of a bargain, sale, or other business transaction". The terms of the contract then seems essential under the definition of negotiation. The dialogue on the other hand is applied to help define and shape the needs of the public entity.

²⁰⁶ The World Bank has issued procurement guidelines in the *Guidelines Procurement under IBRD Loans and IDA Credits*, which applies where a State is borrowing money for a specific project. The Guidelines Procurement provides that a two-stage bidding is allowed for complex contracts, where the first stage concerns unpriced technical proposal by the potential suppliers to be submitted which may be basis for the public entity to adjust their tender

为就这种对话和谈判的适用已经形成了一种国际共识，并且因此也不能以这种方式来解释 GPA。

竞争性对话缺乏文本的支持导致关于该程序是否与 GPA 相符合的不确定性。在 2004 年《公共部门指令》中引入竞争性对话的规定之前，这种不确定性也反映在欧盟制度下。许多人关注于：是否公共实体能够与私人参与者之间可以在那时的采购规则之下为了建立 PPP 而展开对话。²⁰⁷在《公共部门指令》中介绍了竞争性对话之后，由于竞争性对话的适用范围缺乏明确性，因此而产生了许多法律问题。²⁰⁸

到目前为止，谈判者之间临时性的同意了 GPA 的修订版本。²⁰⁹与现行的 GPA 文本相比较，新修订版本中对 PPPs 和在技术规格与谈判的规则之外开展对话的可能性保持了沉默。但是，关于谈判程序，新修订的版本中有一个显著改善。在新修订版本中，将现行 GPA 中规定的“谈判应当主要在于鉴别投标书的优势和弱势”这一款删除了。谈判将不限于仅关注于投标书，但是也同样可以关注与其他事项，例如，对 PPP 的制度性和融资性框架的解决方案。这些改变似乎在 GPA 中提供了更多的灵活性；通过新修订版本的 GPA 中规则的实施，也许，比现行 GPA 更加适用于 PPPs。

3.6 供应商的资格审查

documentation; cf. Art. 2.6. Negotiations only seem to be an option in case all tenders have been rejected; cf. Art. 2.61-2.64. Besides, the World Bank has issued *Guidelines: Selection and Employment of Consultants by World Bank Borrowers*. Such consultants may be used to define the output based on the need of a public entity and can therefore be relevant to PPPs. However, such consultants are “disqualified from subsequently providing goods, works or services (other than consulting services covered by these Guidelines) resulting from or directly related to the firm’s consulting services for such preparation or implementation”; cf. Art. 1.9(a). Apparently, the World Bank makes a clear distinction between advisory services, for example to identify specific projects a country can carry out in order to achieve a certain goal, and then “services in which physical aspects of the activity predominate (for example, construction of works, manufacture of goods, operation and maintenance of facilities or plant, surveys, exploratory drilling, aerial photography, satellite imagery, and services contracted on the basis of performance of measurable physical output)”; cf. Art. 1.7. The latter type of service is regulated in the Guideline Procurement. This distinction further indicates that technical advice to prepare the procurement is not allowed under the World Bank framework. See also Eche Nwogwugwu (2005). *Towards the harmonisation of international procurement policies and practices*. Public Procurement Law Review, 3, 131-152, at p. 137.

²⁰⁷ See for a discussion S. Arrowsmith (2000). *Public Private Partnerships and the European Procurement Rules: EU Policies in Conflict?* Common Market Law Review, 37, 709-737.

²⁰⁸ See for instance S. Treumer (2006). *The Field of Application of Competitive Dialogue*. Public Procurement Law Review, 6, 307-315 and also S. Treumer (2004). *Competitive Dialogue*. Public Procurement Law Review, 4, 178-186.

²⁰⁹ See for more details about the revised version of the GPA, Anderson, R. D. (2007). *Reviewing the WTO Agreement on Government Procurement: Progress to Date and Ongoing Negotiations*. Public Procurement Law Review, 4, 255-273.

由于 PPPs 的复杂性，公共实体将对那些向 PPP 投标的供应商提出要求。GPA 允许公共实体建立供应商需要满足的参与投标程序的资格条件。

公共实体可以使用有资格的供应商的永久清单，这份清单中的供应商自动的有资格参与投标程序。在选择性招标程序中，公共实体可以从这一清单中选择潜在的供应商提交标书。任何选择应当给清单中的供应商平等的机会。²¹⁰为了遵循透明度原则，要求维持这一清单的实体每年公布一个关于下述事项的通知：“a) 所维持的清单的内容的例举，包括可以从清单中采购的有关产品或服务或产品或服务的类型的名称；b) 供应商为被列入这些名单而应满足的条件及有关实体核实每一项条件的方法；c) 名单的有效期和展期手续。”²¹¹通知应当在每个 GPA 成员国的附录 III 中所列的其中一个媒体中公布。

接下来的部分讨论的是政府实体可以在资格审查过程中可以使用的条件。下一部分描述了供应商资格审查的过程。

3.6.1 条件

GPA 的第 8(b)款规定，对供应商参与采购程序的要求必须不超过确保供应商履行 PPP 合同的能力所需的基本条件。GPA 并没有界定或者明确公共实体能够施加给供应商的、期待其履行 PPP 合同的基本条件，但是这些条件必须与合同的履行有关。²¹²

供应商资格的条件和认定必须与非歧视原则和国民待遇原则相一致，例如同对来自其他 GPA 成员国的供应商提出的要求相比较，公共实体必须不为国内供应商提出较少的要求。

条件可以是——但是并不限于

- 财务能力：公共实体可以要求供应商提供财务上的保证人才能参与程序。在 PPPs 情形下，私人供应商将经常是在建设像基础设施这些客体时的经济方面的投资者，公共实体需要私人供应商提供财务保证人，以确保其有足够的财务能力来履行可能的 PPP 合同；

- 商务能力：公共实体可能需要确定供应商具备商务方面的资格条件。例如，对可能运营一个公路定价系统的供应商，要求其具备制作广告的商务能力；

²¹⁰ Art. X.2 of the GPA.

²¹¹ Art. IX.9 of the GPA.

²¹² See also S. Arrowsmith (2003). *Government Procurement in the WTO*. Kluwer Law International, the Hague, p. 225 and; C. Pitschas and H. J. Priess (2000). *Secondary policy criteria and their compatibility with E.C. and WTO procurement law. The case of the German Scientology Declaration*. Public Procurement Law Review, 2000, 4, 171-195, at 188.

- 技术能力：公共实体需要供应商的技术资格方面的信息，以确保供应商能够有能力完成建筑学校、桥梁、公路系统等方面的任务。

供应商在上述各领域中的能力应当基于以下个方面被评估：1) 供应商的全球商业活动和 2) 供应商在开展采购的公共实体所在国领域内的活动。

213

第 8(b) 款的内容并不限于上述的条件，但是公共实体可以包括的其他条件是不明确的。一般原则，例如非歧视原则，显然必须遵守，并且在选择供应商的过程中公共实体可能不能施加、寻求或者考虑补偿。²¹⁴从第 8(b) 款来看，供应商为了符合资格而必需拥有的条件必须“是履行合同所必需的”。问题在于，如果是一份关于建立通讯网络的 PPP 合同，是否潜在供应商拥有符合环境标准或者人权等的行为记录是履行一项合同的必需具备的条件，或者是否条件只能够与合同的实质方面有关，例如潜在供应商建立通讯网络的能力。在后一种情形下，有关人权的条件可以涉及到工人的公平工资，这可能不是建立一项通讯网络的必需条件。在“美国的采购案”中，欧共体和日本质疑美国拒绝同缅甸有商务往来的公司在公共采购中有资格递交投标书的行为。欧共体和日本主张美国的行为违反了 GPA 的第 10 条，因为这一供应商的资格条件是以政治为基础而不是以经济考量为基础。²¹⁵欧共体和日本要求专家组暂停其程序，并且最后案件因期满而终止。问题在于在争端解决机构中也没有就“是否供应商资格标准仅限于经济考量”这一点进行明确。第 10 条中也没有提到公共实体在其在对有资格的供应商进行投标的选择过程中可以仅适用经济性考量，但是只规定了程序必须是公平和非歧视的。但是以供应商与另外一个违反了国际人权法的 WTO 成员国²¹⁶有商业往来作为理由而拒绝该供应商的投标，这显然是违反了 GPA，除非公共实体能够证明人权是满足特定合同所必需的，在这个案件中显然不是如此。如果第 8(b) 款允许公共实体将人权或者是环境标准作为合同履行所必需的，问题在于是否公共实体能否将“尊重人权和遵守环境标准”这一条作为合同的一部分，因此而将人权和环境条件作为合同履行所必需的。

但是，除了只与合同有关的条件以外，GPA 允许公共实体以其他方面的理由来拒绝供应商为不合格。GPA 的第 8(h) 款规定，公共实体能够在任何时候将供应商排除出程序，例如如果供应商破产或者是供应商提交了虚报性声明。²¹⁷在文献中，Sue Arrowsmith 建议对第 8(h) 款进行更广义地理解，认为这一款所涉及的是潜在供应商的诚实。从这个角度而言，应当允许公共实体忽略那些具有犯罪记录或者是其他具有缺乏职业道德行为

²¹³ Art. VIII(b).

²¹⁴ Art. XVI.1 of the GPA

²¹⁵ Request for Consultations by the European Communities, WT/DS88/1, GPA/D2/1 of 26 June 1997, and Request for Consultations by Japan, WT/DS95/1, GPA/D3/1 of 21 July 1997.

²¹⁶ Myanmar is a WTO Member.

²¹⁷ Art. VIII(h) of the GPA.

的潜在供应商。²¹⁸在这一方面，可以就是否公共实体能够拒绝具有违反关于公平工资或者平等工资方面国际条约的供应商的投标这一问题进行探讨。

哪些是选取供应商的条件这个问题是不能够轻易回答的，这必须进行个案分析对供应商所设置的条件是否是合法的。尽管这些条件不仅仅限于经济方面的考量，但从文本来分析，清楚的一点是，这些条件必须是履行合同所必需的。问题是人权、环境方面或者其他非经济方面的与潜在供应商有关的政策是否是供应商履行 PPP 有关合同时必需的。²¹⁹

必须注意以下三个方面。首先，在合同的授予阶段似乎给予了供应商更多的选择权来包含不与真正的合同履行有关的其他方面的因素。即使公共实体在这一程序中不能够忽略一个供应商，如果公共实体有兴趣将人权等因素包括进来，后一程序中也允许公共实体将这些因素包括进来。第二，GPA 允许在人类和动植物生命等方面存在例外，这一点可以适用。更多的内容参见第 1.3.7 部分。第三，GPA 成员国也许还受其他国际义务的约束，这些义务可能会干涉其在 GPA 中的义务。可以以人权为例。在这种情况下，可以主张：依据协调性条约解释原则，可以以一种不与其他国际条约相冲突的方式来干涉 GPA。尤其是，如果其他的条约既约束公共实体所在国也约束感兴趣的供应商所在国，那么可以主张，对供应商所设置的条件应当反映其他国际条约中的要求。²²⁰

3.6.2 资格审查程序

公共实体必须不能够使用对合格供应商的程序性的和时间的要求来将 GPA 其他成员国的供应商排除出预采购的考虑范围或者是排除在供应商名单之外。如果潜在的供应商满足条件，公共实体必须认同该供应商作为合格供应商参与招投标程序。还未获得合格供应商资格的供应商必须同样被公共实体考虑在内，如果还有足够的时间来完成资格审查程序。²²¹公共实体必须将与此有关的决定告知供应商。²²²

²¹⁸ S. Arrowsmith (2003). *Government Procurement in the WTO*. Kluwer Law International, the Hague, pp. 226-228. See also in this line; C. McCrudden (2007). *Buying Social Justice – Equality, Government Procurement, & Legal Change*. Oxford University Press, Oxford, at 484-486. See for a different view; C. Pitschas and H. J. Priess (2000) *Secondary policy criteria and their compatibility with E.C. and WTO procurement law. The case of the German Scientology Declaration*. Public Procurement Law Review, 2000, 4, 171-195, at 188-189.

²¹⁹ See also S. Arrowsmith (2003). *Government Procurement in the WTO*. Kluwer Law International, the Hague, pp. 337-342.

²²⁰ See more below in section 错误！未找到引用源。。

²²¹ Art. VIII(c).

²²² Art. VIII(f).

如果公共实体运用永久性合格供应商名单，其应当确保其他供应商可以在任何时候申请进入该名单的资格。²²³如果某一供应商被终止或者排除出该名单，公共实体必须告知该供应商。²²⁴

公共实体必须在合适的时候公布供应商参与招标程序的条件，因此供应商都能够启动和完成资格审查程序。²²⁵在公告发出之后，如果某一还未被认定为合格供应商的供应商提交参加预定采购的请求，公共实体必须为该供应商及时地开始资格审查程序。²²⁶

3.7 授予标准

GPA 的第 13(4)款是关于合同授予的条款。如果一项投标符合在通知或招标文件中列明的要求，那么可以考虑将合同授予该供应商。合同将授予给有能力履行合同的供应商并且其投标是“最低价的投标”或者“最具优势的”，也就是说，依据在通知或者招标文件中列出的评标标准，该投标书被认定为最具优势的标书。

最低价的投标是指拥有最低价格的投标书。基于最低价而授予合同是最具透明性的。但是在授予决定做出时，最低价中标并没有给予公共实体进行质量方面的考量（*qualitative aspects*）的任何空间，并且这可能因此对 PPP 而言是不适合的。

最具优势的投标是基于招标书中所列的标准，例如该投标书在评标过程中获得了最高得分。最具优势的中标允许公共实体通过设置供应商为了获得合同而必需满足的质量方面的标准而将质量方面的标准包含进来；²²⁷因此对于 PPPs 而言这是更适合的。

在基于最具优势投标来授予合同时，问题在于公共实体能够适用合同何种标准来评价不同的投标，并且这些评价标准是否是经济标准之外的其他标准。GPA 的目的强调实现自由贸易和扩张世界贸易的经济目标。此外，GPA 还强调程序中的竞争性。例如，从潜在的供应商处征求建议时必须不造成排除竞争的效果；选择性招标程序必须以确保实现国际竞争的最优效果的方式；公共实体必须以不会造成排除竞争的效果的方式来向任何供应商提供信息等。

翻阅文本，GPA 的第 12(2)(h)项规定，公共实体应当向潜在的供应商提供招标文件，并且在招标文件中应当包涵了授予合同的标准，“包括在评标过程中将要考虑到的除了价格以外的任何因素，以及在评价投标价格时

²²³ Art. VIII(d).

²²⁴ Art. VIII(f).

²²⁵ Art. VIII(a).

²²⁶ Art. VIII(e).

²²⁷ See S. Arrowsmith (2003). *Government Procurement in the WTO*. Kluwer Law International, the Hague, pp. 250-254.

所要考虑到的成本因素，例如运输、保险和检查费用，以及对于其他成员国的产品或服务，还要考虑到的关税和其他进口费用、国内税和支付的货币。²²⁸

除了经济标准之外的其他标准也可能被公共实体用来评价不同的投标。²²⁹因此，公共实体可能要求 PPP 中的私人参与方遵循某些国际劳工标准、人权标准、环境标准等。

但是，同第 6 条中对技术规格的要求一样，评标标准也是受 GPA 的非歧视原则、国民待遇原则和透明度原则所规制的。此外，也应当遵循对补偿的禁止性规定，这一规则排除了公共实体要求执行某些国内社会政策的可能性，例如在 PPP 中雇用当地妇女或男性，²³⁰尽管当公共实体是来自发展中国家或者最不发达国家时，可能存在某些例外；见第 1.3.2.3 部分。

这些限制反映了公共实体可以适用的标准。例如，通过包含环境标准，公共实体可以给来自 A 国的供应商与来自 B 国的供应商优势，如果 A 国的供应商遵循 A 国的严格的环境标准，但是 B 国没有这类标准，并且 B 国的供应商还没有掌握执行一项严格的环保性生产的方法（执行这种方法将十分昂贵）。在这种情形下，来自 A 国的供应商将比 B 国的供应商更具优势地位。问题在于高标准的要求是否事实上构成了间接性的歧视，以给予来自 A 国的供应商更多优惠。如果公共实体包含了违背 GPA 的标准，依据 GPA 的第 23 条，则存在着豁免适用这种标准的可能性。

因此，首先应当就标准因素是否符合 GPA 进行检验。在这方面可以主张：如果与采购程序有关的所有 GPA 成员国之间已经签署了一项国际协议，例如与环境有关的国际协议，那么在解释 GPA 时应当以这一国际协议作为背景。这可能导致一种解释认为没有违反 GPA，即使在授予阶段包含了对环境的考量。²³¹例如，如果国际环境条约要求在采购货物时有一个特别的程序，而这一程序潜在地使得某些 GPA 成员国要比其他 GPA 成员国处于更有利的位置，但是这仍然没有违反非歧视原则，因为所有的 GPA 有关成员国都签署了这项国际环境协议。但是，如果某些 GPA 成员国没有签署

²²⁸ Art. XII.2(h).

²²⁹ See also S. Arrowsmith (2003). *Government Procurement in the WTO*. Kluwer Law International (The Hague), at 343-344 and; C. McCrudden (2007). *Buying Social Justice – Equality, Government Procurement, & Legal Change*. Oxford University Press, Oxford, at 487. See apparently for a different view; C. Pitschas and H. J. Priess (2000) *Secondary policy criteria and their compatibility with E.C. and WTO procurement law. The case of the German Scientology Declaration*. Public Procurement Law Review, 2000, 4, 171-195, at 190; and A. Kovacs (2004). *The Global Procurement Harmonisation Initiative*. Public Procurement Law Review, 1, 15-38, at p. 18.

²³⁰ See also M. Dischendorfer (2000). *The Existence and Development of Multilateral Rules on Government Procurement under the Framework of the WTO*. Public Procurement Law Review, 1, 1-38 at 26-27.

²³¹ That follows from the Vienna Convention on the Law of Treaties Art. 31.3(c).

这项环境协议时，情况将会不同。在这种情况下如果环境标准将使得非签署国处于比其他 GPA 成员国更劣势的地位，可以主张其违反了 GPA。

如果某一标准违反了 GPA，那么接下来将要依据 GPA 第 23 条中所列的例外情形来评估这一标准是否还应当适用。²³²

GPA 的第 23(1)款是关于基于安全利益的例外。显然，如果 PPP 涉及“基本安全利益”，公共实体可以豁免适用 GPA 中关于政府采购程序的规定，如果有必要的、基本的安全利益是与武器、弹药或者军事物资有关的，或者与国家安全或者国防目的所不可或缺的采购有关的基本安全利益。对这些采购，在非歧视或者限制对国际贸易的约束方面没有要求。因此，如果公共实体能够证明其采购涉及前述任何一领域有关的一种基本安全利益，并且违反 GPA 是保护这些利益所必需的，那么这种豁免适用便具备了合法性基础。²³³

除了基本安全利益的保护以外，GPA 还豁免了其他领域，尽管对这些领域的豁免有着更为严格的要求。GPA 的第 23(2)款规定

“在遵守关于此类措施的实施不构成对条件相同的国家造成任意或不合理歧视的手段或不构成对国际贸易的变相限制要求的前提下，本协定的任何规定不得解释为妨碍任何参加方采取或实施下列措施：为保护公共道德、秩序或安全、人类和动植物的生命和健康或知识产权所必需的措施；或与残疾人、慈善机构或监狱囚犯产品或服务有关的措施。”

GPA 的第 23(2)款同 GATT 1994 的第 20 条对实施的例外性有着相似的结构和条件，并且专家组和上诉机构对这一条的解释可能对 GPA 第 23(2)款有用。²³⁴在“美国汽油案 (US-Gasoline)”中，上诉机构认为在适用 GATT 1994 第 20 条时第一步是要使得所涉及的措施具备临时的正当性，这将决定是否现行政策在第 20 条中被列出，以及该措施对于实现该政策是否必要。第二步是要依据 GATT 1994 第 20 条的引言部分来评估该措施。²³⁵如果该公共实体满足了第一步的要求，在第二步中公共实体必须评估第 23(2)款的“开头部分”(Chapeau)。在“巴西翻新轮胎案 (Brazil—Retreated Tyres)”

²³² See in relation to Art. XX of GATT 1994 Appellate Body Report, *US – Gasoline*, WT/DS2/AB/R, report of the Appellate Body on 29 April 1996, p. 22. See for a similar text in GATS Art. XIV and *US – Gambling*, WT/DS285/AB/R, report of the Appellate Body on 7 April 2005, para. 339.

²³³ See also C. Pitschas (2004). *World Trade Organization/United States: award of prime contracts for infrastructure reconstruction in Iraq - an assessment under the WTO Agreement on Government Procurement*. Public Procurement Law Review, 2004, 3, NA85-89 at 87.

²³⁴ See also C. McCrudden (2007). *Buying Social Justice – Equality, Government Procurement, & Legal Change*. Oxford University Press, Oxford, at 491.

²³⁵ *US – Gasoline*, WT/DS2/AB/R, report of the Appellate Body on 29 April 1996, p. 22. See also; *US – Shrimp*, WT/DS58/AB/R, report of the Appellate Body on 12 October 1998, para. 118-120. See more about the test under Art. XX of GATT 1994 in L. Nielsen (2007). *The WTO, Animals and PPMs*. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, pp. 156-176.

中，上诉机构对评估 GATT 1994 第 20 条的“开头部分”做了评论，在 GPA 的背景下这段评论也十分有用：

“开头部分的要求有两个层面。首先，在第 20 条某一段之下具备临时正当性的一项措施，必须不以可能构成‘专断或者不正当性歧视’的方式来在具备相同情况的国家之间适用。”其次，这一措施必须不以可能造成“对国际贸易的隐蔽性的限制”的方式适用。²³⁶

涉及到 GPA 的第 23(2)款，公共实体必须

1) 评估次要政策在保护某一所列领域方面是否是必要的：保护公共道德、秩序或安全，保护人类、动植物生命或健康，保护知识产权；与残疾人有关的产品或服务，与慈善机构有关的产品或服务，或者与监狱囚犯有关的产品或服务。如果满足第一步的需求，那么公共实体必须进行第二步；

2) 公共实体必须确保对来自不同国家的具备相似条件的私人供应商以不构成专断或者不合理歧视的方式来适用该措施。例如，如果两个国家都使用相同的对植物生命的保护，某国公共实体不能够将其中意的私人供应商所在国的标准强加给拥有相同标准的国家的供应商。但是，如果国家之间的标准不一样，公共实体可以要求——并且因此间接地歧视——来自拥有较低标准的供应商将不被接受，除非供应商同公共实体所在国适用的标准相似。例如，如果某国已经签订了一份特别的多边环境协议，该国在此协议下承担着履行义务的责任。可以主张，这种责任是该国用来歧视的正当性的理由，甚至在该 GPA 成员国并没有签订其他国际条约的情形下也可以主张。²³⁷此外，这些措施或许不能够以可能构成对国际贸易隐蔽性的限制的方式适用。

接下来的部分将讨论公共实体可以包括在授予标准中的某些政策。此处将关注于人权和环境问题。

3.7.1 人权

人权经常在保护反对政府的公民的情形下使用。即使人权经常是与公民对抗政府的权利有关，某些人权保护协议也同样与受雇者和雇用者之间的关系有关、同 PPP 之下的私人购买者和私人供给者之间的关系有关。问题在于，在 WTO 法之下公共实体要求供应商在生产过程中遵循人权的原则是否是合法的，或者甚至是否是 WTO 法的要求；或者公共实体能否要求私人供应商使用由其他供应商遵循人权原则而生产出来的原材料。人权

²³⁶ *Brazil – Retreaded Tyres*, WT/DS332/AB/R, report of the Appellate Body on 3 December 2007, para. 215.

²³⁷ G. Marceau (2001). *Conflict of Norms and Conflict of Jurisdictions – The Relationship between the WTO Agreement and MEAs and other Treaties*. *Journal of World Trade* 35 (6), 1081-1131, at p. 99.

是美国反对同缅甸有商务往来的供应商的投标的理由，因为有证据证明缅甸有违反了某些人权的行为。如前所述，这一案件没有走完专家组审议的程序。关于以供应商与违反了人权的 WTO 成员有商业往来作为理由来反对该供应商的投标这一问题仍然是开放性的问题。

无论在多边的 WTO 文本中还是在 GPA 中都没有对公共实体有任何要求，使其在采购过程中考虑人权。即使在 GPA 或者 WTO 文本中没有明确地写入人权，某些人权价值，例如非歧视和水权，在 WTO 框架下是受保护的。²³⁸公共实体必须考虑到这些方面。但是，即使 WTO 协议同人权条约存在着某些相似性点，但是同样还是存在着不同之处，例如，WTO 的目标在于提高经济环境，而没有将人权考虑在内。²³⁹此外，在 WTO 框架下并没有对“人权（Human Right）”的明确定义，并且因此不能够从人权的定义中寻求经济促进和人权之间的平衡。在专家组和上诉机构的活动中也找不到相关指南，因为到目前为止他们能够在 WTO 法中回避关于人权问题。

即使 WTO 没有对公共实体强加任何人权要求，不能够认为 WTO 和 GPA 与国际公法是绝缘的。国际公法中，在国际条约和强行法(Jus Cogens)原则的强制性规范中有许多人权保护的规定。例如，禁止奴役，并且对供应商施加这种要求在国际公法中将是合法的。某些 GPA 成员国批准了国际人权条约，并且就 GPA 开放填补 GPA 和人权有关的国际条约之间缝隙的可能性方面缺乏明确的指导。

在评价投标时将人权作为一个标准时，不能够与 GPA 相违背，如果人权在公共实体所在国和潜在供应商所在国都具备约束力的其他国际条约中有合法性基础，或者依据强行法(Jus Cogens)原则。²⁴⁰依据协调性解释原则(the principle of harmonious interpretation)²⁴¹，必须假定 GPA 将不会被解释为其将与这些国际条约像冲突，如果公共实体要求供应商向 PPP 提交的货物是在尊重人权的工作时间内生产的。

但是，对 GPA 的解释应当不能产生这样的结论：GPA 与其他国际条约之下的人权要求之间存在冲突。GPA 允许在其规定之下存在例外，以保护公共道德、人类生命和安全以及与残疾人有关的产品或服务方面的措施。正如前文中提到的，GPA 中存在着一些要求，包括必要的测试——措

²³⁸ E. U. Petersmann (2005). *Human Rights and International Trade Law – Defining and Connecting the Two Fields*. Printed in T. Cottier (ed), J. Pauwelyn (ed), and E. B ürgi (2005). *Human Rights and International Trade*. Oxford university Press (Oxford), 29-94, at 33.

²³⁹ Hoe Lim (2001). *Trade and Human Rights What's at Issue?* Journal of World Trade, 2001, 35, 275–300, at 278-280.

²⁴⁰ See J. Pauwelyn (2005). *Human Rights in WTO Dispute Settlement*. Printed in T. Cottier (ed), J. Pauwelyn (ed), and E. B ürgi (2005). *Human Rights and International Trade*. Oxford university Press (Oxford), 205-231, and; S. Arrowsmith (2003). *Government Procurement in the WTO*. Kluwer Law International, the Hague, at 356.

²⁴¹ See Art. 31.3(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties. See also I. Van Damme (2009). *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*. Oxford University Press, pp. 357-359.

施不能以构成专断或者不正当的歧视的方式适用。与此相关，假设如果某国是一个国际人权条约的成员国，并且如果不运用人权措施作为授予合同的标准，这将违反国际人权条约，这一必要的测试将完成，并且证明了可能存在的歧视的正当性。

在国际层面，存在许多与保护人权有关的国际条约，因此在此处仅提到其中一些。在联合国的背景下，《联合国宪章》（the Charter of the United Nations）第 55 条规定联合国应当促进对人权的普遍尊重和遵守，并且在序言中还重申了对保护人权的信念。在联合国框架内，联合国提供了许多对成员国有约束力的人权条约。²⁴²例如，关于人权原则的《世界人权宣言》（UDHR）。该宣言不是一个具有约束力的条约，但是就 UDHR 是否符合国际习惯法的性质还是存在争议的。²⁴³ UDHR 中规定禁止奴役²⁴⁴，并且每个人都有在公众和良好的环境下工作的权利，并且工作中不能够产生歧视，以及有权组建和加入工会²⁴⁵。《公民权利和政治权利国际公约》（ICCPR）是对 166 个成员国有约束力的条约。²⁴⁶ ICCPR 包含了涉及强迫劳动在内的禁止奴役和奴隶贸易的条款。²⁴⁷《经济、社会和文化权利国际公约》（ICESCR）是对 160 个成员国有约束力的条约。²⁴⁸一般而言，ICESCR 授予个人享有自主选择其政治地位及其追求其经济、社会和文化发展的自由权利。²⁴⁹ ICESCR 规定必须公平地支付工资，尤其是要保证妇女的工作条件不差于男子所享有的工作条件，并且同工同酬、必须有健康和安全的工作条件。²⁵⁰

必须牢记的是：条约仅仅约束的是其成员国，而非私人供应商。曾经尝试过制定一个约束跨国企业使其遵循人权原则的条约，但是国家之间并没有达成一致意见，因此这一条约并没有制定出来。²⁵¹一般而言，国际公法并不直接适用于私人公司或者公民，并且对国际公法是否应当扩展其适

²⁴² See for an overview the Office of United Nations High Commissioner of Human Rights: <http://www2.ohchr.org/english/law/>

²⁴³ See for example H. Hannum (1995/96). *The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law*. Georgia Journal of International and Comparative Law, 25, 287-397, and; M. Darrow and L. Arbour (2009). *The pillar of Glass: Human Rights in the Development Operations of the United Nations*. American Journal of International Law, 103, 446-501, at 470.

²⁴⁴ Art. 4 of UDHR.

²⁴⁵ Art. 23 of UDHR.

²⁴⁶ Some countries have signed the ICCPR but not ratified it, for example China, Laos and Pakistan. Others, e.g. Malaysia, Burma, Saudi Arabia and Singapore, have not signed the ICCPR.

²⁴⁷ Art. 8 of the ICCPR.

²⁴⁸ Some countries, e.g. the US, have signed the ICESCR but not ratified it.

²⁴⁹ Art. 1 of the ICESCR.

²⁵⁰ Art. 7 of the ICESCR.

²⁵¹ Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and other Business Enterprises with Regard to Human Rights. United Nations – Economic and Social Council. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 of 26 August 2003.

用范围以涵盖跨国公司的行为是存在争议的。²⁵²相反，各国必须保护人权。应当主张，各国所负有的保护人权的义务必须体现在现行 PPP 中。如果私人参与方提供的服务中包含了奴隶性劳动的成分，那么参与 PPP 的国家将不得不终止 PPP。

此外，世贸组织部长级会议承认人权原则。在 1996 年，《世贸组织部长级会议新加坡宣言》中重申了 WTO 的承诺，遵守国际劳工组织（ILO）所设定的受到国际认同的核心劳工标准。²⁵³在 WTO 文本中这些标准不具备约束力，但是正如上文中提到的，这些条约可能对 WTO 法产生影响，因为 WTO 协议可能会被解释为，不能与其他国际法条约相冲突，例如依照条约协调解释原则。

在国际劳工组织（ILO）的背景下，制定了具有约束力的标准。例如，禁止强迫劳动，²⁵⁴禁止歧视，²⁵⁵以及禁止最恶劣的使用童工的形式，如奴役、卖淫、贩毒或者危害儿童健康、安全或道德的工作。²⁵⁶此外，ILO 也管理公共合同中的工资和劳动条款，而这写公共合同对于政府实体建立 PPPs 非常重要。²⁵⁷一些国家，例如中国和美国，不愿意认可这些标准。问题在于是否这些标准的某些方面同样也放映了国际法的惯例原则，例如在强行法(Jus Cogens)原则下的禁止奴役，并因此而对那些没有认可这些标准的国家产生约束力。

即使某些 ILO 标准可能看上去同 GPA 有关联，但是 ILO 标准并不对公司施加义务，而仅对国家施加义务。但是，作为公约成员国的国家必须履行其在 ILO 中的承诺。因此，一个公共实体必须要求 PPP 潜在的供应商满足公共实体所属国所作出的承诺中的标准。公共实体能将这些要求作为授予合同标准的一部分，而不会造成同 GPA 的冲突。在这种情况下应当解释为：与该国所承担的国际劳工组织的要求相协调。

即使 GPA 可以解释为允许关注人权，或者甚至要求关注人权，那么一系列问题便随之产生了。虽然强行法(Jus Cogens)是序列最高的规则，但对

²⁵² See for example; J. H. Knox (2008). *Horizontal Human Rights Law*. American Journal of International Law, 102, 1-47, concerning the risks of private duties under public international law. See for a different approach; D. Kinley and J. Nolan (2007). *Trading and Aiding Human Rights Corporations in the Global Economy*. Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter, vol. 25, no. 4, 353-377.

²⁵³ WTO Singapore Ministerial Declaration adopted on 13 December 1996. WT/MIN(96)/DEC, of 18 December 1996, para. 4.

²⁵⁴ Convention concerning Forced or Compulsory Labour, C29, adopted on 28 June 1930, and Convention on the Abolition of Forced Labour, C105, adopted 25 June 1957.

²⁵⁵ Convention concerning Discrimination in Respect of Employment and Occupation, C111, adopted 25 June 1958.

²⁵⁶ Convention concerning the Prohibition and Immediate Action for the Elimination of the Worst Forms of Child Labour, C182, adopted 17 June 1999.

²⁵⁷ Labour Clauses (Public Contracts) Convention, C94, adopted 29 June 1949. See also H. K. Nielsen (1995). *Public Procurement and International Labour Standards*. Public Procurement Law Review, 1995, 2, 94-101.

人权的定义以及不同人权之间可能的等级情况都是不清楚的。²⁵⁸然而，强行法(Jus Cogens)原则在其定义和内容上缺乏明确性。²⁵⁹某些人权是强行法(Jus Cogens)之下的核心原则，这些人权要高于 GPA。其他的人权价值则不是高于 GPA 的。问题在于，在对 GPA 的解释将导致其与这些人权相冲突时，如何解释 GPA。²⁶⁰另一个问题是当并非所有的 GPA 成员国都批准了的某项国际条约时，这一条约中所确立的某一人权标准的域外适用的效力问题。例如，某些 ILO 的条约并没有获得美国的批准。那么问题在于，如果某公共实体要求其供应商只能从劳工受到这些条约保护的国家采购货物，那么这种要求在 GPA 下是否具备正当性。正如前文所述，可以主张：通过运用 GPA 下的例外条款，公共实体可以适用那些在供应商所属国不适用的标准。但是，在实践中这些问题仍然没有解决，并因此需要某些澄清。

3.7.2 环境

WTO 为跨境贸易开放全球市场的目的可能与国家保护环境的政策相冲突。例如，某一 WTO 成员国可能对生物的多样化特别关注，并且不允许交易——和间接进口——在生产过程中向河流、湖泊等排放废水和危害野生动植物安全等的产品，除非生产过程中对废水的排放使用了某些过滤装置。这一国内政策也同样对想建立一项 PPP 的公共实体具有约束力。这一公共实体可以要求其私人参与方满足同样的条件。但是，如果某些潜在供应商依赖于某一制造商的产品，而该制造商所属国不具备这些标准，那么这些要求能构成歧视性的，并且这些要求也能成为违反 WTO 基本原则和 GPA 的对贸易的一种配额限制（a quantitative restriction）。

WTO 没有为解决环境保护问题而制定专门的协议，尽管某些 WTO 协议中包含了与环境问题有关的条款。²⁶¹ WTO 已经成立了贸易和环境委员会，该委员会是为了促进可持续发展而在其他事项之间关注贸易和环境的关系。此外，在争端解决机制下有某些案件是关于 WTO 法和环境问题的，

²⁵⁸ See D. Ingram (2006). *Law – Key Concepts in Philosophy*. Continuum International Publishing Group, London, 27.

²⁵⁹ D. Shelton (2006). *Normative Hierarchy in International Law*. American Journal of International Law, 100, 291-323.

²⁶⁰ See for example E. U. Petersmann (2005). *Human Rights and International Trade Law – Defining and Connecting the Two Fields*. Printed in T. Cottier (ed), J. Pauwelyn (ed), and E. Bürgi (2005). *Human Rights and International Trade*. Oxford university Press (Oxford), 29-94, at 33.

²⁶¹ For example the Agreement on Technical Barriers to Trade provides that the protection of the environment is a legitimate factor in imposing obstacles to trade in goods if the trade restriction does not go beyond what is necessary and the evaluation of the risk to harm the environment is based on available scientific and technical information, related processing technology or intended end-uses of products; cf. Art. 2.2 of the Agreement on Technical Barriers to Trade.

并且在“巴西-翻新轮胎案”中，上诉机构认为它意识到了自由贸易理念与环境保护之间的张力（*tension*）的存在。²⁶²

GPA 仅在有限范围内开放了对环境方面的考虑，在合同授予阶段可以将环境作为考量的因素。如同前文中提到的，公共实体能够适用除了经济性标准之外的其他标准来评估来自不同供应商的潜在投标书。如果遵循了 GPA 的非歧视原则、国民待遇原则和透明度等原则，环境标准可以作为公共实体的要求之一而不违反 GPA。公共实体可以因此而要求 PPP 的供应商遵循这些环境标准。²⁶³如果公共实体所属国和潜在供应商所属国都是某项多边环境协定的成员国，那么这些标准的适用则更具备了合法性，因为可以主张应该在这种背景下解释 GPA。现有大量的关于大气²⁶⁴、生物多样性²⁶⁵、化学品和废弃物²⁶⁶、海洋、海洋和水²⁶⁷、土地²⁶⁸以及其他领域的多边环境协议。²⁶⁹

问题在于是否主张运用多边环境条约作为背景来解释 GPA 的方法可以扩大到也包括环境原则在内。在“EC-Hormones(Canada) and (US)案”中——该案涉及到了《卫生和植物检疫措施的协定》——上诉机构没有排除将在 WTO 法中适用预防原则（*precautionary principle*），并且能够在解释特定协议时考虑到该原则。²⁷⁰但是，在某些案件中，上诉机构认为目前还尚不清楚预防原则是因为国际习惯法而确立或者是因为文本性指令而确立。²⁷¹在同某一条约的条款存在冲突的情形下，专家组和上诉机构的任务

²⁶² *Brazil – Retreaded Tyres*, WT/DS332/AB/R, report of the Appellate Body on 3 December 2007, para. 210.

²⁶³ See also R. H. Weber, *Development promotion as a secondary policy in public procurement*. Public Procurement Law Review (2009) 4, 184-200, at 188.

²⁶⁴ See for example the Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, which has 192 parties, the US being the only one not to ratify it.

²⁶⁵ See for example the Cartagena Protocol on Biosafety and the Convention on International Trade in Endangered Species.

²⁶⁶ See for example the Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and Their Disposal.

²⁶⁷ See for example some regional agreements; Barcelona Convention for Protection against Pollution in the Mediterranean Sea or the Helsinki Convention on the Protection of the Marine Environment of the Baltic Sea Area.

²⁶⁸ See for example United Nations Convention to Combat Desertification.

²⁶⁹ For example United Nations Educational, Scientific and Cultural Organizations (UNESCO) World Heritage Convention.

²⁷⁰ The precautionary principle is defined in the WTO SPS Training Module, no 8, as “a notion which supports taking protective action before there is complete scientific proof of a risk; that is, action should not be delayed simply because full scientific information is lacking.”

²⁷¹ The precautionary principle is written into several international instruments, like Art. 15 of the Rio Declaration on Environment and Development. In practice, the application of the principle in different national systems heads towards a recognition of the principle, but international courts and tribunals have been more reluctant to its application as customary international law. See P. Sands (2003). *Principles of International Environmental Law*. 2 edn., Cambridge University Press, Cambridge, pp. 266-279.

首先是依据《维也纳公约》中的国际习惯法来解释这些条款，并且因此能够不用非实体化的法的原则来进行狭义的解释。²⁷²

如果公共实体运用某些违反 GPA 的环境标准，那么需要检查该标准是否满足第 23 条第 2 款所规定的例外情形的要求。

如前所述，GPA 的第 23 条第 2 款如同 GATT 1994 的第 20 条一样，将保护人类、动植物生命作为合法理由来排除对 GATT 1994 和 GPA 的适用。但是，与 GATT1994 相比较，GPA 并没有明确提到“涉及不可再生自然资源的保护，如果这些对国内生产和消费进行限制的措施能够产生效果”的例外。²⁷³由于并没有提到这一例外，这暗示着不可再生资源的保护不能够豁免于 GPA 的适用。因此，如果符合非歧视等其他要求，那么不可再生资源的保护仅能够作为授予合同时的标准。因此，GPA 第 23 条第 2 款规定的环境性例外的范围要窄于 GATT 1994 中所规定的例外的范围。

上诉机构对 GATT1994 的第 20 条做了一些评论。就 GATT1994 的第 20 条，上诉机构认为决定保护的水平是 WTO 成员国的基本权利，只要所致力于的保护水平是实现其目标所必须的。²⁷⁴这里可以主张：WTO 成员国在某项多边环境协议下作出了承诺的情形下，如果遵守其他多边协议是必要的，并且可能存在的歧视也是正当的，那么某项违反 GPA 的授予合同的标准是基于第 23(2)款被排除了的。这似乎也得到了上诉机构的认同，在“美国-捕虾案”中上诉机构明显地强调了国际环境协议的多边性质作为将其归入例外情形的正当理由。²⁷⁵值得注意的是，上诉机构进一步运用了其他多边环境协议来解释第 20 条(g)²⁷⁶项中的“自然资源”，这暗示着一种想要在其他国际条约的背景下来理解 WTO 法的意愿。

从政治方面来看，WTO 似乎强调对环境的关注。《多哈部长级宣言》中规定：

“我们认识到，根据 WTO 规则，不得阻止任何国家在其认为适当的水平上采纳措施以保护人类、动物或植物的生命或健康及保护环境，但是要求这些措施不得以构成在情形相同的国家之间进行任意或不合

²⁷² WTO, *European Communities-Measures concerning Meat and Meat Hormones (Canada) and European Communities –Measures Concerning Meat and Meat Hormones (US)- Report of Appellate Body* (16 January 1996) combined cases WT/DS26 and 48/AB/R, section VI.

²⁷³ Art. XX(g) of GATT 1994.

²⁷⁴ WTO, *Brazil – Retreaded Tyres*, WT/DS332/AB/R, report of the Appellate Body on 3 December 2007, para. 210.

²⁷⁵ WTO, *United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products-Report of the Appellate Body* (12 October 1998) WT/DS58/AB/R, para. 168. See also See P. Sands, *Principles of International Environmental Law* (2 edn., Cambridge: Cambridge University Press, 2003), P.945.

²⁷⁶ WTO, *United States- Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products-Report of the Appellate Body* (12 October 1998) WT/DS58/AB/R, para.130.

理歧视的手段的方式或以变相限制国际贸易的方式实施，并应在其他方面与 WTO 各协定的规定相一致。”²⁷⁷

《多哈宣言》要求就 WTO 规则同多边环境协议中所列具体贸易义务之间的关系开展谈判，尽管谈判不能够损害不属于所涉多边贸易协定参加方的 WTO 成员的权利。²⁷⁸但是，在政治层面，这暗示着同为环境协议的参加方的 WTO 成员国之间在理解 WTO 法时将该环境协议考虑进来的可能性。

此外，在 GPA 的修订版本中，“环境”一词被专门写入了 GPA。一个公共实体可以“准备、采纳或运用技术规格来促进自然资源的保护或者保护环境。”²⁷⁹并且，在新 GPA 文本中环境特性作为公共实体可以适用的评标标准被提到。²⁸⁰政治上的线索暗示着迟早 WTO 法将更加强调对环境的关注。

3.8 从对预采购的公告到授予阶段

此部分将关注于公共实体从最初的预采购的公告到最后的开标必须考虑的不同的形式。

3.8.1 预采购的公告

为了遵循透明度的要求，公共实体必须向有意向参与预定 PPP 的供应商发布邀请。包含邀请书的公告应当在 GPA 附录 II 所列的发布媒体上发布。²⁸¹例如，如果香港的公共实体想要建立一项 PPP，那么其必须或者在《香港特别行政区政府宪报》或者在《每日杂报》（the daily press）上发布公告。²⁸²

公共实体必须在邀请书中表明 GPA 规则适用于该项采购。²⁸³

在公告发布之后，对公告的修改或者是重新发布必须与原公告的发行量一样。发布给某一潜在供应商的任何重要信息必须也向所有其他潜在供应商发布，并允许潜在的供应商有足够的时间来考虑该信息并且作出回答。²⁸⁴

²⁷⁷ Para. 6 of the Doha Declaration.

²⁷⁸ Para. 31(i) of the Doha Declaration which suggests a reduction or elimination of tariffs and non-tariff barriers on environmental goods and services; cf. para. 31(iii).

²⁷⁹ Art. X.6 in the revised GPA. See R. Anderson (2007). *Reviewing the WTO Agreement on Government Procurement: Progress to Date and Ongoing Negotiations*. Public Procurement Law Review, 2007, 4, 255-273, at 264.

²⁸⁰ Art. X.9 of the revised GPA.

²⁸¹ Art. IX.1 of the GPA.

²⁸² See the specific list for Hong Kong in Appendix II of the GPA.

²⁸³ Art. IX.11 of the GPA.

²⁸⁴ Art. IX.10 of the GPA.

GPA 依据是中央实体（附件 1）还是次级中央实体或其他任何公共实体（附件 2 或附件 3），而在公布公告的信息方面有不同的要求。

3.8.1.1 附件 1 中的公共实体

附件 1 中的公共实体应当发布“预采购公告”，邀请供应商参与建立一项 PPP 的投标过程。预采购公告应当包含下列信息：

“ (a)性质和数量，包括进一步采购的任何选择权，如可能，包括对行使此类选择权时间的估计；对于续生合同，包括性质和质量，如可能，包括对随后作出预采购产品或服务的招标公告的时间的估计；

(b)招标程序是公开性的或者是选择性的，或者是否允许涉及谈判；

(c)开始或完成产品货物交货的任何日期；

(d)提交请求被邀请参加招投标的申请书或者申请参加进入供应商名单的资格审查、或者接收投标书的地址和最后期限，以及递交申请时所必须使用的一种或多种语言；

(e)授予合同的实体的地址，以及提供获取技术规格文件和其他文件等必需的任何信息的实体的地址。

(f)任何经济和技术要求，财务担保和要求供应商提供的信息。

(g)针对招标文件应支付的任何款项的金额和支付条件；

(h)是否该实体正在通过购买、租赁、租购，或者一种以上的这些采购方式来要求供应商投标。”²⁸⁵

此外，有关实体应公布“简要通知(summary notice)”。该通知应当以 WTO 的官方语言之一发布，如法语、英语或西班牙语，并且该通知中应当包含：合同的标的物，提交投标的期限，或者参与投标申请书的递交期限，可以请求得到与合同有关的文件的地址。²⁸⁶

3.8.1.2 附件 2 和附件 3 所列公共实体

附件 2 和附件 3 中所列公共实体可以使用“计划采购公告（a notice of planned procurement）”，这一参与采购的邀请与“预采购公告(notice of proposed procurement)”相比较而言要求较少。该类公告应当尽可能多的包含上述所列的信息，但是应当至少提供一项说明，即感兴趣的供应商应当向有关实体表明其对此项采购的兴趣；并提供与公共实体的联络点，通过

²⁸⁵ Art. IX.2 and Art. IX.6.

²⁸⁶ Art. IX.8 of the GPA

该联络点可以获得进一步的信息。此外，也必须提供上文中提到的简要通知。²⁸⁷

公共实体应当接下来邀请所有感兴趣的潜在供应商，并且向其提供与采购公告中所述的相同的信息。基于这些信息，公共实体应当确认潜在供应商对参与投标的兴趣。²⁸⁸

在“选择性招标程序”的情形下，附件 2 或附件 3 中的公共实体可以适用“关于资格审查方法的公告（notice regarding a qualification system）”作为参与投标的邀请。使用这类邀请公告额外要求公共实体包含所涉货物或服务性质的信息，并且声明公告本身构成参与投标的邀请。²⁸⁹公共实体应当及时地提供像预采购公告和简要采购公告中同样的信息。

3.8.2 期限和截止日期

不允许公共实体适用偏爱于特定供应商的并且同时使得其他潜在供应商不可能准备投标的截止日期。GPA 对截止日期设定了最低标准。一般而言，GPA 的第 11 条要求规定的任何期限应当是适当的，公共实体应当考虑到将进行的采购的复杂性，在 PPPs 类采购的情形下经常需要给潜在供应商较长的准备时间。此外，公共实体还应该考虑到预期分包的程度，以及在公共实体确定期限时还应当考虑到从国外和国内各地以邮寄的方式递交投标书的正常的时间。

The GPA has different minimum time standards depending on the tendering procedure.

GPA 对不同的招标程序有着不同的最低时间标准。

在公开招标程序中，从发布邀请公告之日到接收投标书之日必须最少有 40 天的时间。

在选择性招标程序中，依据公共实体是否适用合格供应商的常设名单而存在着两种不同类型的截止日期的最少期限。

1) 在不涉及适用合格供应商常设名单的选择性招标程序中，必须的最短期限是：

- 发布邀请之日起到感兴趣的潜在供应商递交要求被邀请参加投标的申请之日不得少于 25 天，并且

- 发布招标邀请之日到接收投标书之日不得少于 40 天。

2) 在涉及使用合格供应商常设名单的选择性招标程序中，首次发布招标邀请之日到接收投标书之日不得少于 40 天，无论首次发布招标邀请之

²⁸⁷ Art. IX.3 of the GPA.

²⁸⁸ Art. IX.4 of the GPA.

²⁸⁹ Art. IX.9 of the GPA.

日 (the date of initial issuance of invitation) 是否与公布邀请公告之日(the date of the publication notice of invitation)相一致。

在公开招标程序和选择性招标程序中都可能存在例外情形和适用较短的期限，但是仅限于四类情形并满足特定要求的前提下。这四类情形如下：

- 公共实体已经至少提前 40 天但不超过 12 月公布了一个“单独公告”，并且公告中至少尽可能多的包含了第 9 条第 6 款和第 9 条第 8 款中所提到的信息；见第 1.3.8.1 部分的讨论，并且声明感兴趣的供应商应当表达其对该项采购的兴趣，以及公共实体提供进一步信息的联络点。该期限必须不少于 10 天。²⁹⁰

- 在续生性采购的情形下，公共实体可以对第二次公布或接下来的公布适用不少于 24 天的期限。²⁹¹

- 在紧急情况下，也就是通常的期限不可行时，公共实体已经充分证明这种不可行性时，期限可以减少到不少于 10 天。²⁹²

- 在涉及使用合格供应商的常设名单的选择性招标程序中，对于附件 2 和附件 3 中所列实体的采购，可以通过公共实体和被选择供应商之间相互的协议来确定一个期限。如果不存在涉及期限的协议，公共实体可以确定期限。期限应当足够长以使得可以响应投标并且应当在任何情况下不少于 10 天。²⁹³

第十一条第 4 款涉及到所采购的货物、服务和工程服务的交货日期。交货日期必须与公共机构的需求相一致，必须考虑到将进行的采购的复杂性、预期分包的情况和供应商生产、de-stocking、运输货物的真正的时间或者服务供应的时间。

为 PPPs 经常涉及到复杂的货物和服务，例如建筑、运营和维持基础设施，所以必须预料到不容易确定交货日期，以及预料到各种延迟，例如可能发生恶劣的天气条件。

3.8.3 招标文件

GPA 的第 12 条要求，当潜在的供应商请求获得关于投标和授予标准的不同形式的信息时，公共实体必须满足其需求。如上所述，在邀请参与招投标程序的公告中，公共实体必须提供关于即将进行的采购程序的某些信息。

²⁹⁰ Art. XI.3(a) of the GPA.

²⁹¹ Art. XI.3(b) of the GPA.

²⁹² Art. XI.3(c) of the GPA.

²⁹³ Art. XI.3(d) of the GPA.

对招投标程序感兴趣的潜在供应商可能会请求获得进一步的信息。依据程序的不同，公共实体向潜在供应商提供这类信息的要求也不同。在公开招标程序中，公共实体应当应任何参与程序的潜在供应商的请求而向其提供招标文件。在选择性招标程序中，公共实体应当应任何要求参加的潜在供应商的请求而向其提供招标文件。在这两种程序之下，公共实体必须及时回应任何合理的要求解释招标文件的请求。此外，公共实体应当及时回应任何合理的由参与程序的供应商递交的与信息有关的请求，只要这种信息不给予该供应商与授予合同程序中其竞争者相比的优势。²⁹⁴

招标文件应当包括允许潜在的供应商递交具备响应性投标所必须的信息。要求在将进行的采购公告中公布的信息如下：

- “(a)接受投标书的有关实体的地址；
- (b)递送关于获得补充信息的请求的地址；
- (c)投标书和招标文件必须使用的一种或几种语文；
- (d)接受投标书的截止日期和期间以及投标书开放供接受的任何持续时间；
- (e)开标时获准在场的人员及开标的日期、时间和地点；
- (f)要求供应商提供的任何经济和技术要求、财政担保以及信息或文件；
- (g)对所需产品或服务的完整描述及对任何要求的完整描述，包括技术规格、需满足的合格认证、必需的设计图、图纸和说明材料；
- (h)授予合同的标准，包括评审投标书时需包括的费用因素，如运输、保险和检查费用，对于其他参加方的产品或服务，还包括关税和其他进口费用、国内税和支付货币；²⁹⁵
- (i)支付条件；
- (j)任何其他条款或条件；
- (k)依照第 17 条的条款和条件（若有的话），据此来自非本协定参加方国家的投标书可予以接受，但适用该条件的程序。”²⁹⁶

如果公共实体允许潜在的供应商以几种语言递交投标书，其中一种语言应当是 WTO 的官方语言之一，例如西班牙语、英语或法语。²⁹⁷

²⁹⁴ Art. XII.3 of the GPA.

²⁹⁵ For example, if the supplier is importing products from a country imposed with an anti-dumping duty, the government must submit that information to the suppliers if that anti-dumping duty reflects the tender price.

²⁹⁶ Art. XII.2 of the GPA.

²⁹⁷ Art. XII.1 of the GPA.

3.8.4 处理投标

GPA 的第 13 条是关于投标书的递交、接收和开启以及合同的授予。

通常投标书应当以书面形式直接或者通过邮件递交。条文中没有直接写明是否邮件形式同样也包含了电子邮件的形式。但是，因为第 13 条第 1 款仅限制了不得通过电话的形式递交投标书，因此可以推定也允许通过电子邮件的方式递交。公共实体可以允许通过电传、电报或者传真的方式递交投标。

如果不会造成任何歧视性的行为，公共实体也可以允许潜在的供应商在开标和授予合同之间更正非故意而造成的表格中的错误。

在投标的截止时间之后收到了投标的情形下，如果迟延是由于公共实体对招标的操作不当引起的，并且投标书已经呈交给了招标文件中所指定的部门，那么该潜在的供应商不应当因此而受到处罚。在例外情形下，如果公共实体在程序中作出了此种例外的规定，那么也可以考虑该投标书。

在公共招标和选择性招标两种程序中，应当在确保开启投标的合规性的条件和程序下来接收和开启投标。投标书的接受和开启还应当符合国民待遇原则和非歧视原则。

在授予合同中要考虑到某供应商，如果 1)该供应商遵守了参与招投标程序的标准，并且 2)该供应商的投标符合公共当局在邀请公告或者招标文件中所列的基本要求。

如果该供应商递交的投标的价格异常低于其他供应商的投标，公共实体可以询问该供应商，以确保该供应商能够遵守参与投标的条件并且供应商有能力履行合同中的条款。

正如前文第 1.3.7 部分所述，公共实体应当将合同授予给完全有能力履行该合同的供应商，并且该供应商的投标要么是最低价的，要么依据在公告或招标文件中提出的特定的评价标准发现其投标书是最具优势的。合同的授予应当符合招标文件中列明的标准和基本要求。

3.8.5 合同授予之后

一旦公共实体已经就签订 PPP 合同的授予作出了决定，公共实体必须及时地告知其他参与者这一决定。如果参与者请求，那么必须以书面的形式告知。²⁹⁸

公共实体应当在附录 II 中 所列的合适的发行媒体上发布关于合同授予和其他信息的公告。必须在每个合同授予之后不迟于 72 天内提供这些信息。公告应当包涵下列信息：

²⁹⁸ Art. XVIII.3 of the GPA.

“(a)授予合同中产品或服务的性质和质量；(b)授予合同的实体的名称和地址”；(c)授予日期；(d)中标人的名称和地址；(e)最后获胜的投标的价格或者在合同授予过程中考虑过的最高报价和最低报价；(f)在适当时，用以确定依据第 9 条第 1 款发布公告的方法或者依据第 15 条而使用此类程序的理由；以及(g)所使用的程序的类型。”²⁹⁹

此外，如果供应商请求解释该采购行为和程序，或者为何该供应商不符合资格或者询问为何拒绝其投标，公共实体必须及时提供这些信息。³⁰⁰

如果公共实体发现某些信息的提供，将妨碍法律的实施或者违背公共利益或者将损害特定公共企业或私人企业的合法商业利益，或者损害供应商之间的公平竞争，公共实体可以拒绝提供这些信息。³⁰¹

²⁹⁹ Art. XVIII.1 of the GPA.

³⁰⁰ Art. XVIII.2 of the GPA.

³⁰¹ Art. XVIII.4 of the GPA.

第四章

欧盟公共采购规则下的公私伙伴关系

1. 引言

正如在 2.1.2 中解释到的，公私伙伴关系（“PPP”）这一术语并没有在欧盟层面得到解释。因此，在开始时就应当清楚，现在具有约束力的关于公共采购的欧盟法律中还不存在着具体的条文来规制 PPPs 的构建和实施。相反，与 PPPs 有关的欧盟公共采购规则是来自下列法律渊源：

- 《关于欧盟运作之条约》（此后简称“TFEU”）
- 欧盟公共采购指令；
- 欧洲法庭的相关案例；
- 释义通报以及其他由欧盟委员会所采纳的软法措施。

然而前三个来源是具有约束力的“硬法”，第四个是不具有约束力的“软法”，这些软法仅仅为适用硬法提供指南以及反映欧盟委员会对现行法律的理解。但是，多年来欧盟成员国和私人部门已经给予了欧盟委员会所采纳的通报十分重要的地位。

由于双方的复杂性，欧盟公共采购规则并不是直接适用于 PPPs 的。一方面，尽管如前所述 PPPs 之间存在着一些共同的特性，但是 PPPs 也有不同的形式/模型：有些是基于唯一的契约性条款，有些是基于制度化的合作结构；有些仅涉及到了工程或服务，有些涉及到了两方面的结合。另一方面，尽管欧盟条约几乎是普遍适用的，欧盟公共采购指令放弃了详细的程序规则，维持了对服务合同和工程合同的区别对待、公共合同和特许经营的区别对待、工程特许经营和服务特许经营的区别对待、私人实体的常规采购与公共实体或者公私合资实体的采购之间的区别对待。

因此，在评估是否既定的 PPP 项目遵循了欧盟公共采购规则时，首先是难以对该合同进行分类，以决定哪一系列的规则应当适用。因此仅能够转而考虑这些规则如何被遵守。

考虑到成员国中遇到的PPP行为的多样性，欧盟委员会在评估可适用的法律规则时，已经使用了两种主要的模型来加以分类³⁰²：

³⁰² Commission (EC), Green Paper on Public-Private Partnerships and Community law on public contracts and concessions, COM(2004) 327 of 30.4.2004, at p. 8.

- 具备纯粹的合同性质的**契约性PPPs**，在这类PPPs中公共部门和私人部门之间的伙伴关系是基于唯一的契约性的联系；

以及

- 具备制度性的**制度化PPPs(IPPPs)**，涉及到在独立实体内部公共部门和私人部门之间的合作。

每一种类别都引起了关于欧盟采购规则适用的具体问题。为了本章的讨论，在此将采纳这种划分方法，在第4.2部分中将简要地回顾欧盟采购规则的演变，在4.3部分将评估在多大程度上如欧洲法院所解释的：对于契约性PPPs首先适用的是欧盟采购指令，其次是TFEU。两种次级分类将在本文中考虑到：(i)契约性PPPs能够被划分为公共工程或者公共服务合同，这类合同的典型代表是私人融资计划（PFI）；和(ii)包括工程和服务特许经营的特许经营。

第4.4部分讨论的是IPPPs。尽管欧盟采购规则规定的IPPPs的适用范围在很大程度上与契约性PPPs的适用范围相似，IPPPs确实引发了特别的关注，例如是否其能够依据所谓的“内部（in-house）”排除而豁免适用采购规则；以及是否为一项IPPP选择私人参与方和授予该IPPP合同要求两阶段招标程序。

在考虑到针对不同类型的PPPs的欧盟采购规则的适用范围之后，第4.5部分将在欧盟采购指令发展的背景下评价采购程序是否适合PPP项目，将尤其关注在2004年改革中引入的竞争性对话程序（Competitive Dialogue procedure）。第4.6部分包括了。

广泛地认识到，欧盟采购规则所确定的 PPPs 适用范围的复杂性已经危及到了法律的确定性，阻碍了 PPPs 的进一步发展。但是，利害关系人却就应当在欧盟层面规制 PPPs 的必要性表达了不同的观点。其认为无论委员会提供什么形式的进一步的指导，是有约束力的法律还是软法措施，委员会核心的任务仍然是努力地使法律的确定性 with 多样的成员国实践的融合之间达成适当的平衡；以及确保遵守欧盟采购规则和为私人部门参与与公共实体的伙伴关系提供足够的激励之间的平衡。

2. 相关欧盟采购规则概述

2.1 相关条约的规定

之前的欧共体条约，如其继承者——《欧盟运作之条约》一样，包含了许多一般性规则，禁止成员国歧视其他成员国——例如，通过为其国内企业保留某些合同。原则上这些规则（但是也存在有限的例外）适用于所有的公共采购制度和所有类型的政府合同，包括 PPPs。这些可以被视为欧盟条约的“消极”义务。这些规则形成了欧盟采购制度的一个主要部分，并且可以在成员国内部适用和实施而不需要任何执行措施。

关于 PPPs，最重要的规定是与设立自由和自由提供服务有关的 TFEU 的第 49 条和第 56 条（以前欧共同体条约的第 43 条和第 49 条）。³⁰³ ECJ 明确指出，无论何时公共实体“将经济活动的供应委托给第三方”，将需要依据这些规定来检查这一行为。³⁰⁴此外，正如欧盟委员会指明的，也需要遵守产生于欧盟法院判例法的欧盟法的某些一般性原则，尤其是透明度原则、平等对待原则、比例原则和相互承认原则。³⁰⁵某些原则，即透明度原则和平等对待原则已经明显地超出了纯粹的“消极”义务，而属于涵盖了所有公共采购（也包含公共采购指令所不包含的那部分采购）在内的“积极”义务。³⁰⁶

2.2 欧盟公共采购指令

尽管如此，单独地考虑这些条约中的原则并不足以打开采购市场。尤其是，考虑到通过透明的程序而授予合同的必要性，透明的程序使得授予公共合同的实体不能够在裁量权的大衣下掩饰任何歧视性的行为。此外，为了确保规则能够被权利受到侵害的投标人有效地实施，需要制定具体的规定。

为了确保这一点，欧盟已经通过了规制大部分合同的授予程序的指令——这要求，例如，成员国应当在整个欧洲公布其合同并且应当仅使用商业标准来授予合同。其同样通过了关于救济的具体指令。指令是法律的一种形式，其要求成员国确保在其内部法律制度中有适当的法律来实施这些指令的规则。大多数成员国不得不采纳新的法律来履行其在这些指令中所承担的义务。

采购程序主要由两个指令来规制：

● 公共部门指令

指令 2004/18/EC——本文此后称为“公共部门指令”。这一指令规制了公共实体（政府部门、地方当局等）授予的大多数的主要合同。

● 公用事业指令

指令 2004/18/EC——本文此后称为“公用事业指令”。这一指令规制了在水、交通、能源和邮政服务（“公用事业活动”）部门从事特定活动的实

³⁰³ Provisions on free movement of goods are of relatively little relevance to PPPs.

³⁰⁴ Case C-458/03, *Parking Brixen GmbH v Gemeinde Brixen and Stadtwerke Brixen AG*, [2005] ECR I-08585, at para. 61.

³⁰⁵ See Commission(EC), 'Interpretive Communication of the Commission on Concession under Community law' (Communitication) OJ C 121/2, 29 April 2000.

³⁰⁶ See further section 4.3.2 below where discussion is based on Cases C-147/06 and C-148/06 *SECAP v Comune di Torino*, ECJ judgement of 15 May 2008; and Case C-324/98 *Telaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH v Telekom Austria and Herold Business Data AG* [2000] ECR I-1 0745.

体。对于一般意义上而言其采购活动是由公共部门指令所调整的实体，当其从事公共事业活动时则由公用事业指令调整。公用事业指令不仅仅适用于公共部门，同时也适用于参与“公用事业”活动的其他实体，包括许多在私人部门的可以被划分为“公共企业”的实体。

实施上述规则的救济制度是在其他两个指令中规定的：

- 公共部门救济指令

指令 89/665/EEC——以后本文称为“公共部门救济指令”——规定了执行受公共部门指令规制的合同所适用的欧盟采购规则的救济制度。

- 公用事业救济指令

指令 92/13/EEC 和指令 89/665/EEC——本文此后称为“公用事业救济指令”——规定了受公用事业指令规制的合同所适用的欧盟采购规则的救济制度。

这些关于救济的指令最近已经由指令 2007/66/EC(本文此后称为“修订的救济指令”)进行了重大的修订。

目前适用的采购指令是在 2004 年通过的，并且要求各成员国在 2006 年 1 月 1 日前实施。规制授予合同程序的指令的历史要追溯到 1971 年，在这一年通过了一个规制公共工程合同的指令：指令 71/305/EEC。在 1977 年通过了一个对公共供应合同适用相同规则的指令：指令 77/62。在 1980 年代晚期和 1990 年代早期出现了公共采购规则改革的潮流。这成为了 1992 年欧盟委员会推动共同市场完成的一部分。在 1993 年将规制工程和供应的不同的规定在两个统一的文本中进行了规定（这两个文本中同样也引入了一些小的修订）：关于供应合同的指令 93/36/EEC 以及关于公共工程合同的指令 93/37。1990 年通过指令 90/531/EEC，这一规制体系延伸到了以前被排除的“公用事业”部门中授予的工程和供应合同；1992 年通过指令 92/50/EEC 指令将规制体系扩展至了公共服务合同，并且 1993 年通过指令 93/38/EEC 扩展至公用事业授予的服务合同。上文中提到的两个救济指令（1989 年公共部门救济指令和 1992 年的公用事业部门救济指令）也同样是在这个时期通过的。

在 2004 年的指令颁布之前主要的指令如下：

1. 关于公共供应合同的指令 93/36；
2. 关于公共工程合同的指令 93/37；
3. 关于公共服务合同的指令 92/50；
4. 关于公用事业合同（工程、供应和服务）的指令 93/38；
5. 受指令 93/36，93/37 和 92/50 规制的合同的救济指令 89/665；
6. 受指令 93/38 规制的合同的救济指令 92/13。

在 1990 年代发生了一个广泛的改革活动，导致相关法律发生了实质性的修订和合并。在一段长期的立法进程之后（近 4 年），该立法过程中对原议案进行了许多修订并且进行了一项调解程序，最后制定了两部指令。这就是前文中提到的现行的公共部门指令和公用事业指令。这两部指令中规制的基本方法和条款同旧的指令是一样的，因此许多旧的判例法仍旧具有相关性。但是，也引入了许多重大的改变。尤其是关于 PPPs, 考虑到促进 PPPs 采购的效率和透明度（见接下来 4.5 部分的讨论），在公用事业指令中引入了一种新的竞争性谈判程序。尽管简化了这些指令中的条文，但是规则仍然是复杂的和详细的。自从 2004 指令颁布以来，欧盟已经完成了或者正在进行其他某些加固采购制度的活动，尤其是 2007 修订的救济指令和关于国防采购的新指令。

2.3 委员会提供法律指导的活动

在过去的多年时间内，欧盟委员会已经制定了一系列的文件，主要是以通报的形式，来对 PPPs 适用欧盟采购规则提供指导。这些文件包括：

- 委员会对欧共体法下的特许经营的委员会释义通报，OJ C 121/2, 2000 年 4 月 29 日；
- 公私伙伴关系和关于公共合同和特许经营的欧共体法的绿色报告，COM(2004) 327 of 30.4.2004；
- 从委员会向欧洲议会、理事会、欧洲经济和社会委员会以及区域委员会发布的关于公私伙伴关系和关于公共采购和特许经营的欧共体法通报，COM (2005) 569 final of 15 November 2005；
- 关于对制度化的公私伙伴关系适用于公共采购和特许经营有关的共同体法律的委员会解释通报，C(2007)6661 of 5.2.2008；
- 委员会向欧洲议会、理事会、欧洲经济和社会委员会以及区域委员会发布的通报：为经济复苏和长期结构调整而动员公私投资：发展公私伙伴关系，See COM(2009) 615 final of 19.11.2009.

这些文件都是不具有约束力的软法。尽管如此，它们在某种程度上澄清了欧盟公共采购规则应当如何适用于不同类型的 PPPs。由于这些活动概括了欧盟委员会对现行法律和判例法的理解，成员国和私人部门给予其高度重视以降低法律风险。接下来讨论的部分也将使用这些任何时候都可以获得的指南来作为讨论的开始。

值得注意的是，与 IPPPs 相比，委员会对特许经营采纳了不同的方法。一方面，关于特许经营，委员会已经宣称，基于正在进行的关于影响的评

估，欧盟委员会似乎要制定一个关于特许经营的法律工具的建议书³⁰⁷，尽管重要的利害关系人反对制定一个涵盖所有契约性的 PPPs 的规制制度。³⁰⁸另外一方面，关于 IPPPs，委员会满意于现行的一个释义通报作为“鼓励有效竞争和提供法律确定性的最好方式”，因为“在这个领域不具约束力的文件将规定所需的指南而不包含令人沉闷的创新。”³⁰⁹

被提议的法案将仅涵盖特许经营，而不是所有的契约性 PPPs。很有可能议案将包含与指令中所涵盖的带竞争的谈判程序相似的合同授予程序（见接下来的第 4.5 部分）。是否将适用于特许经营和 PFI 项目等其他契约性 PPPs 的规则相区分开来还不清楚，而这正是将来前进的方向。它们确实涉及到了同样的问题——十分长的合同期限，较长的合同授予程序，主要由联合体进行投标，高的程序成本，涉及私人融资，需要讨论项目的设计和调整等。尽管如此，因为议案将基于正在进行的关于影响的评估，欧盟委员会将需要依据经过利害关系人审查的具体数据来证明其所运用的方式的正当性。

3. 由欧盟公共采购规则所规制的契约性 PPPs 的范围

这一部分将检查在多大程度上欧盟公共实体适用于两类契约性 PPPs，即特许经营和其他可以归类为公共合同的契约性 PPPs，在指令之下一典型的形式是私人融资计划（PFI）项目。公共采购指令所涵盖的契约性 PPPs 的授予程序的选择和实施，主要是 PFI 项目，将在第 4.5 部分中分析。

3.1 欧盟公共采购指令下的特许经营³¹⁰

³⁰⁷ See Green Paper on Public-Private Partnerships and Community law on public contracts and concessions, COM(2004) 327 of 30.4.2004; and Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Mobilising private and public investment for recovery and long term structural change: developing Public Private Partnerships, See COM(2009) 615 final of 19.11.2009.

³⁰⁸ See Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Procurement and Concessions, COM (2005) 569 final of 15 November 2005, at 2.3.1.

³⁰⁹ *Ibid.* section 4.1.

³¹⁰ See S. Arrowsmith, “The European Procurement Rules and Public Private Partnerships: EU Policies in Conflict?” (2000) 37 *Common Market Law Review* 709; S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement* (2nd ed) (London: Sweet & Maxwell 2005), pp.320-331 (services concessions) and pp.818-823; P. Badcoe (ed.) *Public Private Partnerships and PFI* (looseleaf), 8.039-8.056; C. Davis, “EC Proposals on Public Service Contracts for Passenger Transport” (2002) 11 *Public Procurement Law Review* 114; F. Hausmann, “Public Private Partnerships and the Award of Concessions” (1999) 8 *Public Procurement Law Review* 269; U. Neergaard, “Public service concessions and related concepts - the increased pressure from Community law on Member States' use of

工程特许经营的安排或者服务特许经营的安排是由指令下的其他采购安排所调整的。基本上，服务特许经营是完全被排除在外，同时工程特许经营仅承担有限的义务。因为公共部门指令和公用事业指令中对特许经营的规定是相同，因此接下来将只关注于公共部门指令。

3.1.1 指令中对特许经营的定义

在公共部门指令中将公共工程特许经营，第 1 条第（3）款，定义为一份合同“与公共工程合同属于同种类型，不同的是工程的对价仅仅在于开发工程的权利，或者由该权利与付款之结合。”³¹¹工程特许经营的一个例子是，已经建设了一条公路或者桥梁的承包人通过获得许可，在固定期间内向使用者收取费用而获得报酬。

在公共部门指令中将服务特许经营定义为，第 1 条第(4)款，一份合同“与服务合同属于同种类型的合同，不同的是提供服务之对价仅仅在于服务开发的权利，或者在于该权利与付款之结合。”³¹²关于服务特许经营的例子是，要求一个联合体建设和运营一个电车轨道系统，并且经过允许而使用者收费来获得报酬；或者一个企业签订了一份合同为地方当局建设和运用一个休闲娱乐中心并且通过向项目的使用者收费来获得报酬。

开发过程中需要供应商预测到服务的供给和管理过程中产生的经济风险。³¹³在一种典型的服务特许经营之下，风险来自于服务的供给者承担着提供服务的成本，并且只有通过开发服务和向公众销售这些服务来创收，才能获得收入来涵盖这些成本并创造利润。在这种情形下，经济风险的一个重要方面是需求的风险——关于在多大程度上第三方将选择使用该服务的风险。如果合同的条款为供应商消除了风险或者实质性地对任何方面的风险进行限制，那么这种安排将不是特许经营。例如，如果一项安排中，如果使用者缴纳的费用不够，采购实体提供一种被保证的合理水平的

concessions” (2007) 16 *Public Procurement Law Review* 387; U. Neergaard, “The Concept of Concession in EU Public Procurement Law Versus EU Competition Law and National Law” in R. Nielsen and S. Treumer (eds), *The New EU Public Procurement Directives* Copenhagen: Djøf 2005); J. Skilbeck, “The Private Finance Initiative and Public Procurement” (1996) 5 *Public Procurement Law Review* 148; C. Tvarnø, “Public Private Partnership in the European Union” in R. Nielsen and S. Treumer (eds), *The New EU Public Procurement Directives* (Copenhagen: Djøf 2005); R. Williams, “The European Commission’s Interpretative Communication on Concessions Under Community Law” (2000) 9 *Public Procurement Law Review* NA105

³¹¹ A parallel definition contained in the Utilities Directive Article 1(3)(a).

³¹² A parallel definition contained in the Utilities Directive Article 1(3)(b).

³¹³ It was stated by Advocate General Pergola in Case C-360/96, *Gemeente Arnhem v BFI Holding BV BFI/Arnhem* [1998] E.C.R. I-6821 (para.26 of the Opinion) that exploitation entails that the provider “assumes the economic risk arising from the provision and management of the services”.

收入，那么这可能便不是一项服务特许经营。³¹⁴委员会关于特许经营的释义通报也建议，如果保证了“收回开支”，那么对于一项特许经营而言风险的因素是不够的。³¹⁵

对于被认为是特许经营的项目，为提供服务所支付的报酬应当不能够来自于采购当局自身，这一点是必然的。对于特许经营的定义，英国的 **Beatson J** 在高级法院的“法律服务委员会案”³¹⁶中进行了思考，该案是关于委任律师处理法律原则案件的框架性安排。法官认为该案中的安排并不符合定义的描述，因为只有对价并不是由采购当局自身所支付的安排才是特许经营（第 65 段），并且在该案中也是如此（一般而言，法律服务委员会，而不是客户，来为工作支付报酬）。**Beatson J** 认为在这个原则下不够构成一项特许经营：供应商承担公众将不会选择其服务的风险（第 65 段）。也就是说，当经济风险是一项特许经营所必须之时还不够——此外，对价应当来自于公众而不是采购当局这一点也是必须的。

从上文所描述的指令中的定义来看，只要部分收入来自于开发那么某些安排能够构成一项特许经营，但是这部分收入所占的比重必须达到什么程度却是不清楚的。在欧盟的“法律服务委员会”案中法官认为，某些收入来自客户是不具有相关性的，因为这些收入不是“重要”的部分（第 68 段），但是其并没有就以下这一点作出指导：公共部门需要支付多大比例将使得一项安排成为特许经营。**Beatson J** 在“法律委员会”案中同样认为——似乎非常清楚——这并不构成一项特许经营，因为受益人是公众（第 69 段）。

3.1.2 关于特许经营的指令中的现行规则

服务特许经营被明确地排除在了公共部门指令（第 17 条）和公用事业指令（第 18 条）之外。直到 2004 年以前都不存在着明确的排除。

公共部门指令的第 56-61 条中，为公共工程特许经营合同提供了具体的规则。

采购当局实施的工程特许经营的授予并不适用于其他工程合同的授予一样的规则，但是仅需承担在官方杂志上公告其合同的义务，以及给与企业至少 52 天的时间来回应。与公开招标程序一样，可能需要为现场勘探等原因而延长期限，如指令中规定的当采购当局以电子方式发布公告时也可能减少到 7 天。在使用的程序的类型等方面没有明确的规则——甚至都没有任何对于维持竞争的要求——或者适用的授予标准。

³¹⁴ Case C-382/05, *Commission v Italy* [2007] ECR I-6657 (Italy waste processing contract); and Case C-437/07, *Commission v Italy* ECJ judgment of 13 November 2008.

³¹⁵ Commission Interpretive Communication of the Commission on Concessions under Community law, OJ C 121/2, 29 April 2000, fn. 9.

³¹⁶ *The Law Society, R (on the application of) v Legal Services Commission* [2007] EWCA Civ 1264 (29 November 2007)

此外还应当注意，指令为持有一项工程特许经营的参与方设置了义务，当为了该项特许经营的目的而授予其拥有的工程合同（分包）时，即使特许经营权受让人是非采购当局的特许权人选择的。

在指令中对特许经营之间进行区别对待的一个重要原因是，某些成员国的法律体制中其并没有认为这些特许经营是普通的采购，而是视其为不同类型的法律关系，同时也没有通过公共采购法来规制。但是，因为这类合同涉及到的标的额十分巨大，持续时间长（25-30 年，或者在某些案例中更长），潜在的可获利性高，所以其对于跨境贸易而言十分感兴趣。在前文中我们已经提出的，缺乏一致性的法律工具来调整欧盟层面的特许经营的授予为采购当局提供了十分重要的裁量权，这将阻止欧盟竞争性市场的开放、使投标人气馁和使 PPPs 丧失健康竞争的欧盟内部市场。³¹⁷

3.2 欧盟条约和欧盟法的一般性原则

如上文中解释的，制定管理经济活动的条款的成员国的任何行为，受到了欧盟条约的基本自由流动规则的规制，包括货物、服务和人（设立）的自由流动。³¹⁸

尽管欧盟条约并没有限制成员国授予特许经营的自由，但是被用来授予的方法必须遵守欧共体法。在条约或者是法院的判例中没有任何地方暗示特许经营在欧盟条约下将受到区别对待。

确实，在公共采购指令适用范围之外的特许经营，其他契约性 PPPs 或者 IPPPs 都必须遵守条约的规则和原则，只要条约本身不存在着正当性的排除对其适用的内容（或者当措施适用模糊时，在“客观合理性”中，见接下来的 4.3.2.3 部分）。因此，此部分的讨论将是广泛的涉及到所有的 PPPs。

关于指令适用范围之外的公共服务特许经营和 PPPs 的法律地位已经由 ECJ 在 ANAV 案中清楚的概述了，该案件涉及到了在没有竞争的情形下，直接将公共服务特许经营授予给一个由采购市政当局（the procuring municipality）全资所有的公司。³¹⁹

“18 尽管事实上公共服务特许经营合同被排除在[公共部门指令]适用范围之外，公共当局认为其，依然需要遵守欧盟条约的基本规则，一般而言，还有非国籍歧视原则，尤其（...）。

³¹⁷ A. Calleja, “The Legal and Policy Considerations in the Award of Public-Private Partnerships”(2010)(2) *European Public Private Partnership Law Review* at p. 100.

³¹⁸ Commission Interpretive Communication of the Commission on Concessions under Community law, OJ C 121/2, 29 April 2000, at Section 3.

³¹⁹ Case C-410/04, *ANAV v Comune di Bari* [2006] E.C.R. I-3303, at para.20, emphasis added and footnote omitted.

19 具体适用于公共服务特许经营的条款包括，特别是，EC 第 43 条和 EC 第 49 条（...）。

20 除了非国籍歧视原则以外，平等对待投标人的原则同样适用于公共服务特许经营，甚至在非国籍歧视原则缺失时(...)。

21 平等对待原则和非国籍歧视原则暗示着，特别是，透明度的责任，该责任使得授予特许经营的公共当局遵循这些原则。强加给公共当局的透明度的义务要求其确保任何潜在投标人的利益，一定程度的公告从而足以使得服务特许经营的授予在开放的竞争之下，并且审查公平的采购程序(...)。”

委员会同样认识到，PPPs 和特许经营不仅仅受条约关于自由流动条款的规制，同样也受产生于法院判例法的原则的规制，特别是非歧视原则、平等对待原则、透明度原则、相互承认原则和比例原则。³²⁰

涉及到特许经营，我们首先关注于基本的“消极的”自由流动义务的适用，尤其是关于设立的 TFEU 的第 49 条和关于服务的 TFEU 第 56(以前欧共体条约的第 43 条和第 49 条)；然后再研究在特许经营领域，源自于透明度原则和同等对待原则的“积极的”义务的适用。

3.2.1 关于自由提供服务的TFEU第56条

TFEU 第 56 条是涉及到为来自于某一成员国的希望在其他成员国提供服务的国民开放市场，同时是基于其母国而提供。该条款涵盖了，那些希望自己临时出国提供服务者（例如，一名顾问去其他成员国为某个项目提供咨询）或者派送其雇员出国，以及打算在其他国家提供服务的同时自己仍然在其母国。该条款禁止成员国阻止来自其他成员国的欧共体企业在其领土范围内提供服务。这将当然的涵盖了某一成员国为了阻止来自其他成员国的特许经营权受让人参与到其公共特许经营合同中而采纳的任何限制。

三类措施可能违反了 TFEU 的第 56 条：

3.2.1.1 直接歧视服务供给者国籍的措施

例如一条法规规定，禁止所有的外国投标人参与一项特许经营项目，给予国内投标人在特许经营项目中的优惠待遇，或者对来自其他成员国的企业适用的资格条件却不对国内企业适用。意大利的法律要求某些公共工程合同的承包商为注册地在工程所在区域的分包商预留一定比例的工程，

³²⁰ Commission Interpretive Communication of the Commission on Concessions under Community law, OJ C 121/2, 29 April 2000, at Section 3.

这一点被欧洲法院视为与 EC 第 49 条相违背（现在的 TFEU 第 56 条），因为这对在意大利境外设立的分包商产生了直接地歧视（某些在意大利设立的企业也受到了影响，但是不具相关性。）³²¹

3.2.1.2 对国内企业和来自其他成员国的企业同等适用但是具有优惠国内企业效果的措施

同样也囊括了对国内企业和来自其他成员国的企业同等适用但是具有优惠国内企业效果的间接性歧视措施。例如，国内法律给予包含主要活动在工程所在区域的企业参与方的联合体和合资企业优惠措施，欧洲法院认为这是违反了 EC 第 49 条（现在的 TFEU 第 56 条），因为其中意于在意大利设立的企业，这些企业往往比其他企业更可能主要活动在所涉区域。

³²²

TFEU 第 56 条也同样涵盖了为了建设合同中的工程而向东道国引入供应商自己的劳动力进行的任何限制。在 *Storebaelt* 案中，合同中有一条款要求尽可能的使用丹麦劳动力来建筑桥梁，这被认为同该条规定相违背。

³²³

³²¹ Case C-360/89, *Commission v. Italy* (1992] E.C.R. I-3401.

³²² *Ibid.*

³²³ Case C-243/89, *Commission v Kingdom of Denmark ("Storebaelt")* [1993] ECR I-3353.

3.2.1.3 对国内和非国内企业产生同等效果的措施

在与 TFEU 第 56 条有关的一般的判例法中，欧洲法院采取了这样一种方法：所有对服务贸易有影响的措施都应当初步认定被涵盖在内，甚至当这些措施不直接或者间接歧视来自其他成员国的服务供应商时；仅仅只在由条约中关于公共利益需求的豁免条款证明其具备正当性时才允许。³²⁴

欧洲法院在 *Contse* 案³²⁵中与采购有关的部分中似乎也同样运用了这一方法。似乎欧洲法院预料，在那一案件中对获得公共合同的任何种类的限制——例如对投标人资格条件的限制——必须证明其具备正当性（这将包括证明该措施是必要的和适当的）。例如，一个实体可以决定设置一个条件，要求企业在为提供电车服务的特许经营合同进行投标时需要应当具有 20 年的经验。如果正当性就是必须的，那么很难依据任何质量方面的原因而证明这一措施的正当性，并且可能这一措施还会违背条约，即使这一条件对于国内和国外的企业具备同等的影响。但是，可以指出的是，在 *Contse* 案中的所有措施都对非国内企业比对国内企业而言有着更大的影响，例如间接地歧视。

3.2.2 TFEU 第 49 条（以前的欧共体条约第 43 条）

TFEU 第 49 条是关于来自某一成员国的人为了在其他成员国设立长久性的商业企业（“设立”）的自由：成员国必须允许来自其他成员国的人在其领土内设立和在与其国内企业在同等的条件下运营。

限制这些人获得公共合同（包括特许经营）的措施可能违反了该条规定。在 *Re Data Processing* 案中，意大利的法律在某些处理合同的资料中仅限于由全部或者主要由意大利公共所有的企业参与，这被认为违反了前欧共体条约的第 43 条和第 49 条。因为在实践中在所有由意大利公共所有的资料处理企业都是意大利的，这一条款因此歧视了非意大利本国企业——包括了那些在意大利设立的（前欧共体条约第 43 条）和那些在其他成员国设立的企业（前欧共体条约第 49 条）。³²⁶

3.2.3 对欧共体条约中自由流动规则的排除适用和限制

只有由 TFEU 第 51、51 和第 62 条（前欧共体条约的第 45、46 和第 55 条）中所列理由之一证明其具备正当性时，才允许对设立自由和提供服务自由的限制。在 TFEU 第 52 条（与前欧共体条约相参照为第 62 条）规定了基于“公共政策、公共安全或公共健康”的明确的排除适用。在其活动与

³²⁴ Case C-384/93, *Alpine Investments B.V. v Minister van Financiën* [1995] ECR I-1141.

³²⁵ Case C-234/03, *Contse v Insulad* [2005] I-9315.

³²⁶ Case C-3/88, *Commission v Italy* ("*Re Data Processing*") [1989] E.C.R. 4035.

职务权利的行使有关时（甚至只是偶尔），TFEU 第 51 条允许对设立自由和提供服务自由进行限制。

TFEU 第 51 条是涉及到特许经营的特殊利益，因为任何被公共当局委托的行为通常都包涵着公共利益并且可能想到该行为是否必要地涉及到职务权利的行使。欧洲法院强调，因为排除适用了基本的设立自由原则，TFEU 第 51 条“必须被解释为：为了维护成员国被允许保护的利益，限制其适用范围是确实必要的”。³²⁷委员会也是非常关注这一例外并且认为这一例外“必须适用于那些特许经营权受让人直接地和具体地实施职务权限的情形”并且因此“不自动地适用于由于义务或者是法律所确立的排它性权利或者国家当局因为公共利益而授予资格从而实施活动的情形”。³²⁸

欧洲法院排除了将 TFEU 第 51 条在下列情形中的适用：被转让的活动仍然属于职务权限（官方机构？）的监管之下，这些机构有权采取某些适当方式来确保保护所受委托的利益，³²⁹并且被转让的活动具有技术特性，以及因此与职务权限的行使没有关联。³³⁰

甚至当条约中排除适用的条款是否适用时，欧洲法院承认一种“模糊性的可以适用的”措施——并不描述国内产品和进口产品之间的直接区别——是被允许的，如果能够依据公共利益的情形之一证明其正当性——被欧洲法院称之为：货物领域为“强制性要求（mandatory requirements）”，或者是服务领域为“必要性要求（imperative requirements）”或者“客观正当性（objective justifications）”。这些理由，被包含于一个非穷尽的清单，欧洲法院认为适当时可以增加，包括消费者保护、环境保护、财政监督的效果以及工作条件的改善。³³¹

作为欧盟法基本原则之一的比例原则，要求限制基本自由实施的任何排除性规定，基于条约或者“必须的要求”，应当在其所追求目标的背景下是必要的和适当的。这意味着，尤其是，在为了实现所追求的目标而选择措施时，成员国必须优先选择给予那些最少限制这些自由原则实施的主体。在上文中提到的 *Re Data Processing* 案中³³²，意大利在其答辩中主张，要求参与者是公共所有的企业能够在前欧盟条约的第 46 条和第 55 条中获得正当性，因为某些制度涉及到公共安全的职能（例如与有组织的犯罪开展斗争的制度）以及健康的职能（与保健服务有关的制度）。这一主张被

³²⁷ Judgment of 15 March 1988, Case 147/86, *Commission v. Greece*; Judgment of 21 June 1974, Case 2/74, *Reyners*.

³²⁸ Commission Interpretive Communication of the Commission on Concessions under Community law, OJ C 121/2, 29 April 2000, at Section 3.1.5.

³²⁹ Case 147/86 *Commission v Hellenic Republic* [1988] ECR 1637

³³⁰ C-272/91, *Commission v Italian Republic* (Concession for the lottery computerization system, *Lottomatica*) ECR [1994] I-01409

³³¹ Case 21/88, *Du Pont de Nemours Italiana SpA v Unita Sanitaria Locale No.2 Di Carrara* [1990] E.C.R. I-889

³³² Case C-3/88, *Commission v Italy ("Re Data Processing")* [1989] E.C.R. 4035.

法院否决了，因为该项被质疑的措施不符合比例原则。欧洲法院认为，应当以较少的限制性措施来实现维护公共安全和保护健康的目的，特别是通过为供应商的雇员强加保密的责任和可能的刑事处罚。法院认为这些措施的效果应当不会受到该企业是否是意大利公共所有的影响。

3.2.4 平等对待原则的适用

在两个关于采购的通报中，委员会提出观点，在欧共同体条约中存在着普遍的平等对待原则，这与指令中的平等对待原则相似并且适用于素有的歧视待遇，而不仅仅是对国籍的歧视。³³³

被委员会引用来支持其以平等原则为基础的论断³³⁴ 的法理事实上与来自指令的平等对待原则有关，而不是来自于条约自身。尤其是，尽管委员会在 *Walloon Buses* 案中主张在争论中寻找适用的条约的原则而不是指令的原则，审判法院在该案中故意地仅以指令为基础来寻找原则的效果。委员会的推理中的这一瑕疵引来了许多学者的批评，这些学者持有的观点为，在条约中不存在这样的原则，在条约中仅施加了不能基于国籍而不平等对待企业的义务。³³⁵但是，最近欧洲法院接受了委员会的意见，认为在公共采购文本中存在着这种一般性的原则。³³⁶

3.2.5 积极的透明度义务/责任的适用

在很长一段时期内推定欧盟条约对公共采购的影响仅仅制定了“消极的”义务，通过基本的自由流动规则，禁止成员国适用限制获取合同的措施，例如对歧视性的参与的条件或者歧视性的授予标准。尽管如此，*Telaustria* 案³³⁷ 建议，某些条约下的“积极的”义务也应适用，包括公告合同的义务。虽然欧洲法院认为服务特许经营合同有关的案件被排除在指令的适用范围之外，法院进一步认为条约的非歧视原则暗示了一种透明度的义务，需要“一定程度的足够的公告从而使得服务市场能够开放竞争和审查采购程序的公平性”（判决的第 61-61 段。）

在 *Telaustria* 案³³⁸中，涉及到奥地利采购实体的授予程序，*Telekom Austria*（一个公共所有的电信公司）为了一个编辑和生产电话簿的服务特

³³³ Commission Interpretative Communication on Concessions under Community Law [2000] O.J. C121/2 and Commission Interpretative Communication on the Community law applicable to contract awards not or not fully subject to the provision of the Public Procurement Directives, 23.6.2006.

³³⁴ Case C-243/89, *Storebaelt* [1993] ECR I-03353, para 37; Case C-87/94, *Commission v. Belgium* (Walloon Buses)[1996] ECR I-02043.

³³⁵ S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement* (2nd ed.) (London: Sweet & Maxwell 2005), at 4.16; P. Braun, “A Matter of Principle(s): the Treatment of Contracts Falling Outside the Scope of the European Public Procurement Directives” (2000) 9 *Public Procurement Law Review* 39.

³³⁶ Case C-410/04, *ANAV v Comune di Bari* [2006] E.C.R. I-3303, at para.20, which provides that “[B]esides the principle of non-discrimination on grounds of nationality, the principle of equal treatment of tenderers is also to be applied to public service concessions even in the absence of discrimination on grounds of nationality”.

³³⁷ Case C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH v Telekom Austria and Herold Business Data AG* [2000] ECR I-10745.

³³⁸ Case C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH v Telekom Austria and Herold Business Data AG* [2000] ECR I-10745.

许经营合同，在该合同之下服务供应商并不会直接获得报酬，而是获得为了商业目的开发电话簿的许可。要求奥地利联邦采购办公室（**Austrian Federal Procurement Office**）决定该授予程序是否应当由指令所规制——由现行公共部门指令所取代的服务指令 92/52 或者是现行公用事业指令 2004/18 所取代的公用事业指令 93/38。

在回答奥地利审查机构的提问时，欧洲法院总结到，公用事业指令并不适用于服务特许经营。³³⁹法院也同样认为，然而，为了支持国家的审查机构，服务特许经营必须依据欧共体条约的原则来授予，包括非国籍歧视原则，这一原则暗示了“特别的”透明度的义务。依据法院的判决，该透明度的义务“存在于确保：潜在供应商的利益，一定程度上足以使得服务市场公开竞争的公告，采购审查程序的公平性”（第 62 段）。

该案具有里程碑性的意义，因为其推翻了前文中提到的假设：欧盟条约仅仅规定“消极的”义务，通过基本的自由流动的规则，禁止成员国采取限制获取公共合同的措施，例如参与的歧视性的条件或者是歧视性的授予标准。³⁴⁰透明度责任的存在已经被欧洲法院在后来的 *ANAV* 案件³⁴¹和 *Parking Brixena* 案件中确认。³⁴²

但是，尚不清楚在特许经营情形下（这是 *Telaustria* 案的主题），或者在其他在指令之外但是在条约规制范围之内的合同中，尤其是不具优先权的服务合同，为了满足透明度的要求什么是必须的（见下面的第 4.3.4 部分）。

首先，尚不清楚是否合同必须在欧盟层面的媒体上公布，例如《欧盟公报》（*the Official Journal*）。

其次，尚不清楚是否要求通过公告公布的信息的内容。似乎不可能每个单独的合同都需要公告，因为指令甚至并未要求某些涵盖的实体：合同的一般通告或者是资格审查体系的通告将足够。

第三，不清楚应当公告哪些合同中的义务——是否必须坚持正式的竞争以及以何种形式开展竞争。

委员会提供了某些指导。其认为非国籍歧视原则中所暗含的保证透明度的义务能够通过“任何合适的方法”满足，并且特别是在下列情形下：

- 依赖于，并且允许考虑到相关部门特性的公告；并且

³³⁹ At that point, service concessions were not explicitly excluded by the directives. The exclusion introduced in the current directives codified the Court's finding in this case.

³⁴⁰ It is noteworthy that the ECJ noted in an earlier case (Case C-275/98, *Unitron Scandinavia* [1999] ECR I-08291) that “the principle of non-discrimination on grounds of nationality cannot be interpreted restrictively. It implies, in particular, an obligation of transparency in order to enable the contracting authority to satisfy itself that it has been complied with” (para 31). However, the Court did not elaborate any further.

³⁴¹ See *Supra*. N. 18, at para. 21.

³⁴² Case C-458/03 *Parking Brixen* [2005] ECR I-0000, at para.49.

- 能够通过，例如，在日报或者专门的杂志或者通过公布适当通知的方式来公布招标公告或者预先告知公告的方式来发布公告。

- 公告应当包涵能使潜在的特许经营权受让人决定是否对参与投标感兴趣的必要的信息（例如，选择和授予的标准等），包涵特许经营权的主体以及特许经营权受让人所期待的服务的性质和范围。³⁴³

3.3 欧盟采购指令下的其他契约性PPPs

在契约性 PPPs 中，而非特许经营中，邀请私人参与方为公共当局执行和管理一项基础设施（例如，一所学校、一座医院、一个忏悔中心、一项交通基础设施）。这一模式最具典型性的案例是设立“私人融资计划”(PFI)。在这类模式中，并不是采取由工程或服务的使用者支付费用的方式给予私人参与方报酬，而是采取常规的公共参与方支付的方式。可能支付的费用是固定的，但是也有可能以可变动的方式计算，基于，例如，工程或者相关服务的可获得性或者甚至是工程的使用程度。

在 1992 年 11 月英国正式发起 PFI（尽管在这之前已经在某种程度上使用了私人融资）。首先在中央级政府中运用，但是现在被日益运用于地方政府和国民医疗服务制度（National Health Service，由公共部门运营和资助的健康服务）。³⁴⁴

在评估指令所涵盖的 PFI 的范围时，必须首先关注于对公共合同的分类的定义。依据指令的意思，指令适用于被定义为“为了金钱利益一个或多个经济运营者与一个或多个采购当局之间所缔结的，以工程的施工、货物的供应或者是服务的提供为标的的书面合同”的“公共合同”。³⁴⁵ “经济运营者”这一术语是“承包商、供应商和服务提供者”的简化术语，涵盖了“任何自然人或法人或公共实体或这些人或/和实体的群体，其分别地在一系列工程建设和/或某项工程、货物或服务市场上发出要约”。³⁴⁶

³⁴³ Commission Interpretive Communication of the Commission on Concessions under Community law, OJ C 121/2, 29 April 2000, at Section 3.1.2.

³⁴⁴ See further Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement* (2nd ed. 2005), sections 2.16-2.20; HM Treasury, PFI: strengthening long-term partnerships (March 2006)(available on the web site cited above under “key policy”, direct link http://www.hm-treasury.gov.uk/d/bud06_pfi_618.pdf); National Audit Office, Improving the PFI Tendering Process (2007) (available at http://www.nao.org.uk/publications/0607/improving_pfi_tendering.aspx); National Audit Office, Making Changes in Operational PFI Projects(2008) (http://www.nao.org.uk/publications/0708/making_changes_operational_pfi.aspx)

³⁴⁵ Directive 2004/18, OJ L134/114-240 (classic sector) Article1(2) (a); and Directive 2004/17, OJ L134/1-113 (utilities sector) Article.1(2) (a).

³⁴⁶ Directive 2004/18, Article 1(8); Directive 2004/17, Article1(7) contains a similar provision referring to ‘contracting entities’ which include contracting authorities.

公共合同能够被进一步分为工程、供应和服务合同。工程合同是为了执行一系列或某项工程的合同。一份工程合同同样也涵盖了为了实现采购当局所规定的技术规格、完成一项工程而“通过任何方式”开展采购中签订的合同。这些合同属于指令的调整范围，在这类合同中采购当局指定一个企业作为代表采购当局利益的机构来签订合同。同样也涵盖了这类合同：开发者或者土地所有者在并不是由采购当局所有的土地上建设，但是依据采购当局所设定的技术规格来建设，然后转让该土地。供应合同是为了采购（购买、租赁等）货物的合同。服务合同的概念涵盖了非工程和供应合同的采购合同，并且服务合同的标的被列举在指令的附件 2 中。

适用于三种不同类型的公共合同的主要规则大致相同。指令对所有的三类合同都适用同样的规则框架，留给成员国来对这三类合同进行适当的有区别的规制——例如，例如对不同类型的合同适用不同类型的授予程序。（成员国也同样可以将这种权利留给采购实体——正如英国的作法一样）。但是这三类合同还是存在某些不同之处的，尤其是：

i)对工程合同适用比供应和服务合同更高的门槛价；

ii)不同类型的合同在对带通告的谈判程序的可适用性方面存在区别（见下列的第 4.5 部分）；以及

iii)某些服务合同并不是被完全规制的，而是仅承担非常有限的义务。

服务合同可以被进一步分为：

1.“有优先权(Priority)”的服务，这类服务受指令中所有规则的调整，正如下文所述的一样，并且

2.“无优先权(Non-priority)”的服务，这类服务仅受关于技术规格、授予通告（在采购人的裁量权范围内）规则的调整，以及承担某些关于提供统计数据的义务。“有优先权”的这类服务被例举在附件 2A 中。这类服务包括了像维修车辆和清理垃圾，以及专业服务，如会计服务、IT 服务和咨询服务。所有为被列入附件 2A 中的服务，包括，例如，法律和医疗服务，都是不具有优先权的。在公共采购指令的第 20-21 条中规定了这些规则。是依据跨境贸易的潜在的范围、潜在的节约，以及关于服务的信息的可获得性为基础来选择具有优先权的服务。如果可归于优先权服务的那部分对价的价值超过了无优先权服务部分对价的价值，则这两部分合同都被划分为有优先权的（第 22 条）。

通过比较承担的活动与相关的 CPC 编码中所列举的活动来划分服务的种类，而不是通过考虑合同的目的，正如欧洲法院在 *Felix* 案中建立的。³⁴⁷在该案中在奥地利的审查机构介入之前便提起了诉讼程序，该案涉及到奥

³⁴⁷ Case C-411/00, *Felix Swoboda v Österreichische Nationalbank* [2002] E.C.R. I-105670.

地利中央银行为了移动性服务而授予合同的事项。奥地利中央银行认为服务指令中所有的规则都不适用，因为该合同中主要涉及到的是无优先权服务，即“支撑性的和辅助性的运输服务(supporting and auxiliary transport services)”。Swoboda 质疑这一观点，主张：该合同主要涉及多样的与移动有关的后勤和计划编制服务，因此是有优先权服务之一。欧洲法院裁定，有必要以是属于有优先权类或是属于无优先权类来分别的划分合同中所涉及的服务的类别，从而依据其相应的价值来从整体上来划分合同，而反对识别合同“主要目的”并且从而参考该目的来划分合同的类别这一替代性的方法。在某些案件中，为了分类的目的，那些可能自然地体现为单一的服务必须被分为其构成性的活动。在案件 C-76/97 *Walter Tögel v Niederösterreichische Gebietskrankenkasse* 中，欧洲法院判决，包含了对病人和伤员的运输和护士抵达提供医疗协助在内的服务，既涵盖了有优先权类的服务（运输部分，被归类为“陆地运输”）又涵盖了无优先权类的服务（医疗服务部分，被归类为“健康和社会服务”）。这一合同必须以是有优先权的还是无优先权的服务进行归类，依照不同类型服务的相应的价值。

348

在这个意义上某些合同是混合的，其在单一的合同中包含了工程、供应和/或服务。在 2004 年之前没有与混合工程/服务合同有关的条款。但是，新的公告部门指令现在包含了与包括工程和服务两者的合同有关的明确的条款，在第 1 条第(2)款(d)项第三段中。这条规定：“如果公共合同的客体包括附件 2 所列的服务，同时还包括附件 1 所属范围内的活动，如果这些活动只是附属于合同的主要客体，那么这种公共合同应被视为公共服务合同”。这一规定明确了，至少对于合同有主要客体的情形下，归类是基于考察其主要客体而不是（像有优先权/无优先权服务合同一样）基于对相应服务/工程价值的考察。但是，当合同没有主要客体时，不是运用与该新规定相一致的方式，而是适用基于相应价值的考察。欧洲法院确认了这一方法，其认为这类混合合同通过考虑其主要目的来归类，并且工程和服务的相应的价值仅是在断定合同的主要目的时考虑的一个因素。³⁴⁹

假设不同类型的公共合同有着不同的待遇，这仍然与考察某项特定的 PFI 合同是工程合同或服务合同有关。

只要一项 PFI 合同不是无优先权的服务，那么必须遵守指令中所有的系列规定。关于公告、技术规格、选择和授予标准等方面，在具体规定中没有丝毫讨论的空间。³⁵⁰仅在选择采购程序方面与 PPPs 有最大的关联，因此将在下文的 4.5 部分讨论此内容。

³⁴⁸ [1998] E.C.R. I-5357, [1998] 3 C.M.L.R. 768

³⁴⁹ Case C-412/04, *Commission v Italy* ECJ judgment of 21 February 2008 (concerning the pre-2004 directives).

³⁵⁰ For a comprehensive guide on these rules, see S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement* (2nd ed.) (London: Sweet & Maxwell 2005).

3.4 在欧盟条约和欧盟法律基本原则下的其他契约性PPPs

公共合同，而非特许经营，有多种可能性可以在指令的适用范围之外：

- 合同的价值低于指令设置的门槛价；
- 无优先权的服务合同；以及
- 指令自身将合同排除在公告和竞争的义务之外（例如基于紧急情况）。

这些合同被明确地排除了对指令部分的适用，因为认为这些合同并不是总是对跨境贸易有兴趣。因此一项 PFI 合同，通常价值高并且采购周期长，不太可能会属于这三类中的任何一类。尽管，一项契约性 PPP 被排除在了指令的适用范围之外，但是在 4.3.2 部分解释过的条约规则和积极性的义务也同样具有相关性。

欧盟委员会已经就不属于或者不完全属于欧盟指令规定调整的合同的授予应当适用哪些义务提出了自己的观点。³⁵¹

根据委员会的意见，大多数合同所承担的义务不仅包括公告的义务，而且还包括维持竞争的义务（尽管没有必要有正式的招标程序）。根据委员会意见，必须依据平等对待原则来维持竞争。这同指令上所要求的平等对待原则相似（见平等对待原则部分的讨论），包括了要求合理的时间限制、公开授予标准等同指令中的规定相类似的这类要求——尽管其认为并不是指令中所有的规则都以同条约一样的方式适用。

即使在某些特殊情形下不存在着公告和维持竞争的义务，平等对待原则也将毫不怀疑地适用以规制维持竞争的行为，并且可能重新涉及到与指令中的规定相似的许多义务。

委员会关于这一点的意见备受争议。委员会遭遇了来自德国政府的法律质疑，因为其涉及到“立法”——这并不属于委员会的权利范围——质疑者认为委员会正在制定没有条约上的文本或者是判例基础的具体法律规则³⁵²。针对 *Telaustria* 案³⁵³中提出的透明度原则，存在着广泛的学术批评。主要的批评意见为：

³⁵¹ Commission Interpretative Communication on the Community law applicable to contract awards not or not fully subject to the provision of the Public Procurement Directives, 23.6.2006.

³⁵² Case T-258/06 Germany v Commission[2006] O.J. C-294/52, noted by Brown in 'Case Comment: Case T-258/06: The German Challenge to the Commission's Interpretative Communication on Contracts not subject to the Procurement Directives'(2007) 16 Public Procurement Law Review NA 84.

³⁵³ S. Arrowsmith, *The law of Public and Utilities Procurement* (2nd ed., London: Sweet & Maxwell, 2005), at 4.16; A. Brown, 'Seeing Through Transparency: the European Court's Case Law on the requirement to Advertise Public Contracts and Concessions under the EC Treaty' (2007) 16 Public

1.这超过了可接受的司法解释的范围，因为这一立法活动破坏了欧盟立法机构和司法机构之间合理性的适当的分工（并且由于被创造的规则直接与立法机关将某些类型的合同排除在具体规则的适用范围之外的决定相违背）；

2.这给采购实体、成员国和投标人带来了重大的不确定性；并且

3.潜在地，至少，以其认为适合合同但是却被指令所排除的方式来对成员国确保物有所值等方面的行为自由强加了不合理的限制——特别是因为法官来平衡公共采购中所涉及的不同的政策考量是不合适的。

但是，尽管存在着批 16 评，Telaustria 作为判例法已经被欧洲法院在 Coname 的大法庭所确认。³⁵⁴

4.欧盟公共采购规则所涵盖的IPPPs³⁵⁵

委员会将 IPPPs 理解为“公共参与方和私人参与方为了建立一个混合资本的实体来实施公共合同或者特许经营而形成的合作”。³⁵⁶私人采购方参与 IPPP——除了认购资本或者其他资产以外——通过积极参与合同授予给公私实体的操作过程和/或公私实体的管理。相反地，私人投资者简单地向公共所有的公司注入资本并构成 IPPP。

在实践中，一项 IPPP 通常由以下方式建立

- 要么通过成立一家新的公司，该公司的资产是由采购实体和私人参与方联合持有——或者，在某些情况下，有多个采购实体和/或多个私人参与方——并且授予一项公共合同或者一项特许经营给这新成立的公私实体；

Procurement Law Review 1; P. Braun, 'A Matter of Principle(s): the Treatment of Contracts Falling Outside the Scope of the European Public Procurement Directives' (2000) 9 public Procurement Law Review 39; P. Horijk and M. Meulenbelt, 'A Bridge Too Far: Why the European Commission's Attempt to Construct an Obligation to Tender outside the Scope of the Public Procurement Directives should be Dismissed' (2005) 14 Public Procurement Law Review 123; D. McGowan, 'Clarity at last? Low Value Contracts and Transparency Obligations' (2007) 16 Public Procurement Law Review 274.

³⁵⁴ Case C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Coname) v Comune di Cingia de' Botti* [2005] E.C.R. I-7287.

³⁵⁵ See in general C.D. Tvarno, "A critique of the Commission's interpretative communication on Institutionalised Public-Private Partnerships" (2009) 18 P.P.L.R. 2009 NA11-23; R. Williams, "The Commission Interpretative Communication on the Application of Community Law on Public Procurement and Concessions to Institutionalised Public Private Partnerships (IPPPs)" (2008) 17 P.P.L.R. NA115

³⁵⁶ Commission Interpretative Communication on the application of Community law on public procurement and concessions to Institutionalised Public-Private Partnerships (IPPPs), C(2007)6661 of 5.2.2008

- 要么通过私人参与方参与已经存在的公共所有的公司的方式，该公共所有的公司在过去已经通过“内部(in-house)”而获得了公共合同或特许经营。

欧盟公共采购规则所涵盖的 IPPPs 的范围要更为复杂，因为还需要额外考虑所谓的“内部供应 (in-house Providing)”例外的适用和附属企业的例外的适用。

4.1 欧盟公共采购规则下的IPPPs

如果分配给公私实体的任务是一项被公共采购指令完全涵盖的公共合同，选取私人参与方的程序则由这些指令决定。如果任务是一项工程特许经营或者一个仅部分受指令规制的公共合同，那么则适用来自欧盟条约的基本原则加上指令中的相关规定。对于指令 2004/18/EC 的附件 2B 中所列举的服务而言，适用欧盟条约中的基本原则，例如 TFEU 第 49 条和第 56 条的规定，如果位于不同成员国的企业能够期待从相关采购实体的这些合同中获得某些利益。最后，如果是不受指令调整的一项服务特许经营或者一项公共合同，选择私人参与方应当遵守欧盟条约的原则。因此，在第 4.3 部分的讨论在 IPPPs 的背景下也具备相关性。

值得注意的是，尽管委员会并没有考虑一种双重的招标程序——一个程序用来选择 IPPP 的私人参与方，另一个程序用来授予公共合同或者特许经营给公私实体——但很具实用性。³⁵⁷

4.2 IPPPs和“内部供应”的例外

当公共实体被合法地标准化后，例如相同部门的组成一样，欧洲法院已经阐明到，到那个时候将不会涉及到公共合同，因此不需要适用采购规则。³⁵⁸根本的原理在于从事采购的公共实体应当具有“使用其自身的行政、技术和其他资源，不承担必须向外部的不是其组成部门的实体发布邀请的义务，为了公共利益履行其所承担的任务的可能性。”³⁵⁹因此，欧洲法院为适用欧盟采购规则施加了限制，排除了纯粹“内部的”采购。这项例外对 IPPPs 的设立产生了深远影响。

该例外的范围取决于“house”有多大。除了同一政府部门的一个分支机构以外，两个法律上是彼此分离的但是却都附属于相同国家的政府部门，

³⁵⁷ Commission Interpretative Communication on the application of Community law on public procurement and concessions to Institutionalised Public-Private Partnerships (IPPPs), C(2007)6661 of 5.2.2008, at 2.2

³⁵⁸ Case C-26/03, Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH v Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna [2005] E.C.R. I-0001, at para. 48.

³⁵⁹ Ibid.

能够被认为是同一个“house”之内吗？显然，不同的国家对此事持相矛盾的观点。一方面，挪威现代化部认为“国家必须被视为同一个法人，并且其应当能够不用竞争地从其自身的部门和 *directorates* 处采购货物和服务”；另一方面，丹麦则仅将在当局相同领域的内部（*within the same sphere of authority*）进行的采购安排看作内部采购。³⁶⁰观察到，在瑞典的法院所有的政府当局都被认定为同一法律实体的组成部分，无论其表现为多么独立，然而市政当局和郡议会则被视为独立的法律实体。³⁶¹

在具有里程碑意义的“Teckal 案”³⁶²中，欧洲法院明确地认为，“house”既不能是等同于国家那么大，也不能像一个法律实体那么小。在没有明确例外的情形之下³⁶³，作为一个起点，欧洲法院裁决，原则上足够支持一份公共合同的存在，该合同是由“两个独立的人”³⁶⁴所订立的，或者“一方为地方当局并且另一方为与后者在法律上相分离的人”。³⁶⁵但是，两个法律上相分离的公共实体之间的采购安排可能仍然在欧盟采购规则的适用范围之外，在采购当局对供应性公共实体实施“与其对其自己的部门实施的控制相似的控制时并且，同时，”供应性公共实体“在地方一个或者当局的控制下实施其活动的关键性部分（*essential part of its activities*）”。³⁶⁶

因此，通过 Teckal 和后来的一系列的判例法³⁶⁷，欧洲法院已经建立了并且继续调整最重要的欧盟采购规则的例外情形之一——被称为“内部供

³⁶⁰ Letter from the Ministry of Modernisation of 18 January 2005 to the Ministry of Finance regarding the state's centre for economic governance and its participation in procurement procedures. Quoted after K. Weltzien, 'Avoiding the Procurement Rules by Awarding Contracts to an In-house Entity-Scope of the Procurement Directives in the Classical Sector', P.P.L.R., 5(2005), 237 at 238. As explained below in section 3.2, Canada takes a view similar to that of the Norwegian Ministry of Modernisation.

³⁶¹ K. Pedersen, E. Olsson, 'Commission v Germany - a new approach to in-house providing?' P.P.L.R., 1 (2010), 33-46, at 41.

³⁶² Case C-107/98, Teckal Srl v Comune di Viano (Reggio Emilia) [1999] E.C.R. I-8121.

³⁶³ The available express exceptions will be addressed below at 2.3-2.5.

³⁶⁴ Case C-107/98, Teckal Srl v Comune di Viano (Reggio Emilia) [1999] E.C.R. I-8121, at para. 49-50.

³⁶⁵ Case C-349/97, Commission v Spain [2003] E.C.R. I-3851 at para. 204.

³⁶⁶ Case C-107/98, Teckal Srl v Comune di Viano (Reggio Emilia) [1999] E.C.R. I-8121, at para. 50.

³⁶⁷ Case C-107/98, Teckal Srl v Comune di Viano [1999] E.C.R. I-8121, P.P.L.R., 9 (2000), CS41; Case C-94/99, ARGE Gew ässerschutz v Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft [2000] E.C.R. I-11037, P.P.L.R., 10 (2001), NA54; Case C-349/97, Commission v Spain [2003] E.C.R. I-3851; Stadt Halle [2005] E.C.R. I-0001, P.P.L.R., 14 (2005), NA72; Case C-84/03, Commission v Spain, [2005] E.C.R. I-139, P.P.L.R., 14 (2005), NA78; Case C-231/03, Consorzio Aziende Metano (Coname) v Comune di Cingia de'Botti [2005] E.C.R. I-7287, P.P.L.R., 14 (2005), NA153; Case C-458/03, Parking Brixen GmbH v Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG [2005] E.C.R. I-8585, P.P.L.R., 15 (2006), NA40; Case C-29/04, Commission v Austria (Mödling) [2005] E.C.R. I-9705, P.P.L.R. 15 (2006), NA52; Case C-410/04, Associazione Nazionale Autotransporto Viaggiatori (ANAV) v Comune di Bari, AMTAB Servizio SpA [2006] E.C.R. I-3303, P.P.L.R., 15 (2006), NA217; Case C-340/04, Carbotermo v Comune di Busto Arsizio [2006] E.C.R. I-4137, P.P.L.R., 15 (2006), NA150; Case C-220/05, Jean Aurox v Commune de Roanne [2007] E.C.R. I-385,

应性”例外。这一例外有两个层面。首先，其排除了采购规则对纯粹的“内部”合同的适用——这些合同将依据采购当局的内部办法执行。其次，也同样排除了“准内部”安排——由法律上独立于采购当局的公共实体来履行合同，但 i)在其控制之下，与其对其自己的部门实施的控制相似并且，同时，ii)内部供应者必须在一个或者多个采购当局的控制下实施其活动的关键性部分。只要符合这两个条件，依据公共当局对供应商施加控制而授予的服务，该供应商仅仅是“形式上的”而非“实质上的”第三方，其职责是为其控制者提供服务或者代表其利益而提供服务，不管事实上供应商事受公法还是私法管辖，以及是依据合同、条例、规章还是行政性规定而设立。尽管可以从指令对公共合同的定义来有依据性地排除对纯粹的内部采购的适用，但是对“准内部”安排的排除却在采购指令上没有正式的法律基础，并且在法律编纂时遇到了困难。

现在可以转向对两项条件的详细分析上，“内部提供”的例外的适用，即像通常经典的判例法中所解释的“相似控制”测试和“‘活动的最重要部分的’目的”测试。可以认为这些条件已经被欧洲法院在许多方面解释过，因为很难依赖于指令与内部供应有关的条款来解释。

4.2.1 “相似控制”测试

“相似控制”要求内部供应者任何情况下都“没有裁量权”并且，最后，公共当局是做出与该公司有关的决定的唯一方。此外，使用“内部（in-house）”这一表述确实揭示了区分当局直接实施的行为——通过内部结构分析“属于该机构(belonging to the house)”——与那些委托第三方运营者实施的行为的目的³⁶⁸。

“相似控制”要求识别相应采购当局（母采购当局）的影响力以充分地追求“其公共利益目的”，无论其影响是依靠私法权利还是公法权力实施的，或者是依靠单一权力还是不同权力的共同效果。

因此，“相似控制”的要求描绘了母公共实体在内部供应者的管理和制造流程方面最具相关性决定的能力，因此在工程、货物或服务的供应的条款上排除了双边谈判。这一“相似控制”意味着母采购当局单方面设置的权力——在寻求其(公共)利益方面——在制造和供应条件上某种程度排除了

P.P.L.R., 16 (2007), NA65; Case C-337/05, *Commission v Italy (Augusta Bell Helicopters)* [2008] E.C.R. I-2173, P.P.L.R., 17 (2008), NA187; Case C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia v Administración General del Estado* [2007] E.C.R. I-12175, P.P.L.R., 17 (2008), NA204; Case C-295/05, *Asemfo v Tragsa* [2007] E.C.R. I-2999, P.P.L.R., 16 (2007) NA123; Case C-324/07, *Coditel Brabant SA v Commune d'Uccle and Région de Bruxelles-Capitale*, Judgement of 13 November 2008, not yet reported in E.C.R., P.P.L.R., 18 (2009), NA73.

³⁶⁸ Opinion of Advocate General Bot in Case C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia v Administración del Estado* [2007] E.C.R. I-12175 at 75.

内部供应者的全部的管理裁量权。³⁶⁹供应者任何时候可以终止与采购当局的权利，在认定一项安排不构成一项内部安排时，似乎被认为是一个具有决定性的因素。³⁷⁰

似乎“相似的控制”要求，如同欧洲法院所揭示的，并不意味着控制当局在内部供应者的资本中的直接持股。有时，一个中间的持股公司的干预“可能，取决于所处的具体情况，削弱采购当局可能实施的任何控制”³⁷¹，尽管其他时候，该中间的持股公司与是否符合“相似控制”的要求的断定并不具备相关性。³⁷²

当内部提供者的资本完全由指派其实施服务的控制当局所有时，这是拥有 100% 的持股，在没有反对性的证据时，意味着其符合了“相似控制”的要求，最重要的是该内部提供者仅为了控制当局来实施其行为。³⁷³不存在其他持股人使得允许假设不存在可能阻止控制当局在内部提供的背景下对公共利益的追求的“外部”利益。

在许多采购当局持有内部提供者资本的份额的情形下，需要一个更深入的测验——关于是否在内部实体管理方面的影响力使得每个采购当局对其实施“相似控制”的检测，然而仅有某些持股的当局可以实施“相似控制”，其他的当局可能不能够参与到内部关系（in-house partnership），因此不能够直接依据欧盟法处理内部组织。³⁷⁴太过分散的股权结构并不妨碍每个股东实施“相似控制”，仅要求就是否多数股东有资格影响供应者的决策进行深入分析。³⁷⁵

内部供应者的股份是由实体所持有而并非是由公共当局所持有时，提出了可能影响和干涉母公共当局实施“相似控制”的经济利益，因此阻碍了对上文中提到的公共利益的追求。³⁷⁶当判断是否符合“相似控制”的要求时，必须考虑到第三方私人股东的存在，如果满足，那么授予合同的采购

³⁶⁹ Case C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) v Transformación Agraria SA (Tragsa)* [2007] E.C.R. I-2999 at 59.

³⁷⁰ Case C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia v Administración del Estado* [2007] E.C.R. I-12175

³⁷¹ Case C-340/04, *Carbotermo, Consorzio Alisei v Comune di Busto Arsizio* [2006] E.C.R. I-4137 at 39.

³⁷² Opinion of Advocate General Sixt-Hackl in Case C-26/03, *Stadt Halle and RPL Lochau GmbH v TREA Leuna* [2005] E.C.R. I-0000 at 6-10, 59.

³⁷³ See Opinion of Advocate General Kokott in Case C-458/03, *Parking Brixen GmbH* at 74-75.

³⁷⁴ Case C-107/98 *Teckal*; Case C-231/03 *CONAME*; Opinion of Advocate General Cosmas, in Case C-107/98 *Teckal v Comune di Viano* [1999] E.C.R. I-8121 at 16.

³⁷⁵ Case C-324/07, *Coditel Brabant SA* at 31; Case C-340/04 *Carbotermo* at 37 and Case C-295/05 *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)* at 57.

³⁷⁶ Advocate General Kokott in her Opinion in Case C-458/03 *Parking Brixen GmbH* at 74, argued that ‘if a private third party has a holding, even a minority holding, in an undertaking, the consideration given to the economic interests of that undertaking may prevent the public body from fully pursuing its public-interest objectives’.

当局和公私公司（public-private company）之间的关系将属于欧盟法上所列的内部供应的例外（in-house exception）的范围之内。³⁷⁷

根据欧洲法院的判例法，如果出现下列情形将不符合“相似控制”条件：私人多少股东在对重大事项的表决权或者是对具有同等权利的两个执行董事之一的委任权方面获得了相当大的权利，³⁷⁸或者只要章程中制定了广泛的商业目标，公司活动的地理范围存在扩张到整个国家和国外的可能性并且向其他资本开放公司的可能性。³⁷⁹同样地，以下情形也将不符合“相似控制”的要求：仅仅只是在出席公司股东大会的股东中拥有多数股份，或者拥有指派一半以上的管理或行政委员会成员的权力——无论该权力是由公司章程所提供还是由合作协议所提供——执行董事是由私人多数股东所指派。³⁸⁰股东协议或者是可适用的国家的公司法可以使得多数股东的控制权变得无效，约束或者限制委派管理委员会成员的权利或者缩小执行董事的裁量权，因此减弱（blunting）公共当局在内部供应者的战略目标和重要决策方面的影响³⁸¹。³⁸²

对内部供应者实施的“相似影响”必须是有效的，但是不需要分别实施。因此，当许多公共当局拥有一个内部供应者组织时，其委任该组织实施某项任务，这些公共当局对该实体实施的控制可以联合实施。³⁸³地方当局采取以纯粹合作或者联合的方式来组建内部供应者时，必须结合授予当局实施“相似控制”的效果来评估：当采购当局享有对内部提供者产生影响的具體权利，足够认定内部供应关系时，符合“相似控制”的要求。³⁸⁴

³⁷⁷ In Case C-26/03 Stadt Halle at 19, the circumstances that the private minority shareholder had ‘certain specific rights seemed to turn decisive.

³⁷⁸ Such powers, entitled to the private shareholder, prevent the City of Mödling from exerting a ‘similar control’ even if the latter has the majority of votes in the general assembly: Opinion of Advocate General L.A. Geelhoed in Case C-29/04, EC Commission v Austria [2005] E.C.R. I-9700 at 36, 39 and 46.

³⁷⁹ Case C-458/03, Parking Brixen GmbH at 65-7.

³⁸⁰ Unless the public authorities were entitled to exert decisive management instruction over the in-house entity: Case C-94/99, ARGE Gewässerschutz v Bundesministerium für Land-und Forstwirtschaft [2000] E.C.R. I-11037, commented by M. Ohler, P.P.L.R., 1 (2001), NA54; Case C-29/04, E.C. Commission v Austria [2005] E.C.R. I-9705; Case C-458/03, Parking Brixen GmbH at 64.

³⁸¹ Case C-26/03, Stadt Halle at 19 where ‘the private minority shareholding exceeded the threshold of 10 per cent above which, in accordance with the German legislation on limited companies, there is a minority with certain specific rights’.

³⁸² Case C-324/07, Coditel Brabant SA at 34; Case C-458/03, Parking Brixen GmbH at 65; Case C-340/04, Carbotermo at 38.

³⁸³ M. Dischendorfer, ‘The compatibility of contracts awarded directly to “joint executive services” with the Community rules on public procurement and fair competition’, P.P.L.R., 5 (2007), NA129.

³⁸⁴ Case C-371/05, EC Commission v Italy, judgment of 17 July 2008 not yet reported in E.C.R. at 25; Case C-324/07, Coditel Brabant SA at 41.

4.2.2 内部提供者的重要行为的目的

内部供应者必须为了其母公共当局和控制性公共当局实施其主要的行为，因此限制其作为企业和市场竞争者的经济自由和自治权，在这个意义上，其很小一部分的行为可以寻求在内部关系之外获得经济规模和范围的经济性利益。³⁸⁵

在欧洲法院的决定和检查署的意见（*Advocate General's Opinions*）中提及到的，内部供应者实施的行为的“主要部分(main part)”和“基本部分(essential part)”，这一检测标准的措施不是很明确。³⁸⁶因此对其他第三方实施的任何行为可以仅仅是辅助的、补充的、次要的或者是非重要的。尽管在评定符合这一要求的合格的标准时存在着某些不确定性，在仍然发展中的解释中存在着某些固定的要点。

在评定要求时的首要一点应当是内部提供者有效地实施了该行为，而不是后者应当采取的潜在行为——依据法律、自身的章程或者是控制当局的委托行为——这些不应当成为考虑的基础。因此，在存在着多个控制性当局的情形下，应当考虑到的行为是那些为了所有这些当局而一起有效实施的行为³⁸⁷。

此外，内部供应者主要或者基本行为的实施措施应当从定性和定量两个方面来观察。从定性的角度来考察，似乎有必要检查该公司有资格执行的任务的类型。下列情形是否具备相关性是存在质疑的：供应者是在竞争性的市场上运营或者其基于特许经营而实施所受委托的任务，或者基于转让一份经许可的和受保护的需求给供应者的委托而实施受委托的任务。正如欧洲法院已经明确阐述的，谁是受益人（采购当局或者使用者），谁为服务付费（采购当局或者消费者）以及在哪里提供服务都是不重要的。³⁸⁸

从定量的角度来看，实体的收益或者营业额在评定内部供应者重要行为时起到了决定性的作用：考虑到实施的所有行为，哪些控制性当局授予的行为必须占支配地位。在这个程度上，似乎不可能事先界定一个百分比门槛来作为自动适用的一般性规则，个案分析的方法似乎更为合适。

内部供应者的主要行为的目的有意要表达一种对控制性当局的十分亲密的功能的依赖性和经济的依赖性，所以工程、货物和服务的委托的撤

³⁸⁵ R. Cavallo Perin, D. Casalini, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, *Diritto Amministrativo*, 1 (2006), 51 et seq. According to F. Avarkioti, op. cit., 33, 'there is no fear that such undertaking may compete (in favourable terms) with other undertakings in tender procedures for public contracts'.

³⁸⁶ F. Avarkioti, 'The application of EU public procurement rules to "in house" arrangements', *P.P.L.R.*, 1 (2007) 22, 32; T. Kaarresalo, 'Procuring in-house: the impact of the E.C. procurement regime', *P.P.L.R.*, 6 (2008), 242 at 252.

³⁸⁷ Case C-340/04, *Carbotermo* at 69-72; Case C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)* 59 at 65; Case C-324/07, *Coditel Brabant SA* 18 at 27; Case C-371/05, *EC Commission v Italy*.

³⁸⁸ Case C-340/04, *Carbotermo SpA*.

销使其丧失了内部供应关系，并且将内部供应者转变为一个经济运营者而运行，甚至是在惯于实施补贴或者次要活动（政策功能活动）的市场上运行。

4.3 在公用事业指令中的IPPPs和“附属企业”和“合资企业”豁免³⁸⁹

公用事业指令（2004/17）包含了一个例外性条款（第 23 条），排除公用事业指令对下列情形的适用：i) 由采购实体或者合资企业授予给附属企业的合同（所谓的“附属企业豁免”），形成了由这些实体执行公用事业活动的排他性权利；ii) 这种合资企业授予给其参与方之一的合同，以及采购实体给其本身就是一个合资企业组成之一的企业的合同（所谓的“合资企业豁免”）。两者都与 IPPPs 有关。

为了适用“附属企业豁免”，必须满足两个叠加的标准。首先是要求“附属”（第 23 条第(1)款）。一个企业将被视为附属于一个采购实体，如果 i) 其年度账户与采购实体的年度账户合并；或者 ii) 采购实体已经控制了该企业；或者 iii) 该企业已经控制了该采购实体；或者 iv) 两者都受其他企业的控制。值得注意的是，此处的“控制”测验意味着由于所有权、资金参与、或者调整其的规则而产生的控制性影响。这一测验十分不同于在上文讨论的“内部供应”例外中的“相似控制”测验，这意味着建立附属关系的控制测验包含了相反的控制和相互被第三方控制，并且更容易满足。

第二个标准是被称为的“80%规则”（第 23 条第(2)款）。其要求在提供该类服务、货物或工程的前三年，与服务、供应或工程有关的附属企业的平均销售额中至少有 80%是依靠给其所附属的企业提供的，考虑被排除适用的合同。这一标准同样不同于上文讨论“内部供应”例外时的“重要行为的目标”测验，在这个意义上，“80%规则”更为直接并且可以更容易证明满足条件。

欧盟委员会被授权监督“附属企业豁免”和“合资企业豁免”的适用，通过要求有关企业通报所涉合同的性质和金额。（第 23 条第（5）款）。

5. 授予程序和PPPs

正如委员会所提示的，在授予完全由公共部门指令调整的 PPPs 合同时，该指令中界定的公开程序和限制性程序可能没有提供足够的灵活性，由于这类合同所具备的融资特性和法律关系的复杂性。为这类案件，公共

³⁸⁹ See S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2nd ed., (Sweet & Maxwell, London, 2005), at 15.13.9.

部门指令引入了新的创新性程序——竞争性谈判——这一程序的目的是并不仅仅只是保护经济运营者之间的竞争同时也考虑到采购当局与每个候选人讨论合同所有方面的需求。通过带合同通告的谈判程序，这仍然可能完全受公共部门指令调整而授予公共合同；但是，其仅限于在特殊情形下使用。

5.1 竞争性对话³⁹⁰

竞争性对话是一个新的程序，在公共部门指令中第一次被引入，为了给复杂的合同提供更灵活的程序。自从 1980 年代后期以来，在英国察觉到需要更为灵活的程序，大多数是 PFI 之下的合同。这一新程序的引入是成员国 PFI 项目的需求也是欧盟自身推进欧洲交通基础设施 PPP 项目发展的政策需求。因为种种原因，开放性和限制性程序对于许多这类合同都不适合，例如：其对 *iterative procedures* 程序的限制，尤其是在程序中通过讨论/例举投标者来排除参与者方面；在限制性程序方面至少需要 5 个投标者，这是在高成本的 PFI 程序中是不符合比例的；这些程序中对投标之后的对话的范围的限制。带通告的谈判程序是合适的，但是这里也对是否适用于 PFI 项目存在着不确定性，欧盟委员会已经对英国在 PFI 合同中适用带通告的竞争性谈判程序的实践的产生了质疑。

有许多关于这一程序的指导性资源：

1. 来自欧盟委员会：《注释性解释——竞争性对话——一级指令》（*Explanatory Note – Competitive Dialogue – Classic Directive*）（2005），可以在以下网址获得，<http://simap.eu.int>。这注释十分有用，因为其指出了某些委员会成员认为是可以接受适用和实践。

2. 在英国，财政部最近颁布了一项指南，涵盖了在使用竞争性谈判过程中对法律的和战略的考量，并且重新审视了英国在该程序方面的早期实践：《财政部，竞争性对话 2008》（HM Treasury, *Competitive dialogue in*

³⁹⁰See S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement* (2nd ed) (London: Sweet & Maxwell 2005), Chapter 10; A. Brown, “The Impact of the New Directive on Large Infrastructure Projects: Competitive; Dialogue or Better the Devil You Know” (2004) 13 *Public Procurement Law Review* 160; C. Kennedy-Loest, “What Can be Done at the Preferred Bidder stage in Competitive Dialogue?” (2006) 15 *Public Procurement Law Review* 317; A. Rubach-Larsen, “Competitive Dialogue” in R. Nielsen and S. Treumer (eds), *The New EU Public Procurement Directives* (Copenhagen: Djøf 2005); P. Trepte, *Public Procurement in the EU: a Practitioner’s Guide* (Oxford: OUP 2007), p. 445-453; S. Treumer, “Competitive Dialogue” (2004) 13 *Public Procurement Law Review* 178; S. Treumer, “The Field of Application of Competitive Dialogue” (2006) 15 *Public Procurement Law Review* 307; S. Verschuur, *Competitive Dialogue and the Scope for Discussion after Tenders and Before Selecting the Preferred Bidder—What is Fine-Tuning Etc?* 15 *Public Procurement Law Review* 327

2008),2008 年 7 月,可以在下列网址获得: www.ogc.gov.uk (Treasury 与 OGC 联合发布)。也存在着许多其他的指南,是当该程序首次在英国实施的时候颁布的,但是仍然具有相关性。2006 年 1 月颁布的,《竞争性对话程序: OGC 关于新采购规则中的竞争性对话程序的指南》(Competitive Dialogue Procedure: OGC Guidance on the Competitive Dialogue Procedure in the new Procurement Regulations)。2006 年 7 月颁布的指南:《使用竞争性对话程序的实践指南》(Practical Guidance on the Use of Competitive Dialogue)。还存在着许多其他的指南,例如部门颁布的具体的指南,这些指南在上述网址中提到了,并且(那时就存在的)也在上述 2008 年的指南中例举了。

许多已经实施了指令 2004/18 的国家已经包含了竞争性对话程序。一般而言,国家都简单地在其法律中增加该程序,与指令中所规定的形式一样,而不超越指令规定的形式,以采购当局将要适用的方式来进行详细说明——例如,其并没有就采购当局应当在“对话”阶段如何操作规定详细的规则。这种规制方式,不仅仅在哪些传统的方式是简单的照搬指令中规定的国家中适用——例如,英国——在通过自己的规则而已经具备了传统的规制采购程序的其他国家也适用(例如西班牙)。葡萄牙是一个例外,其采纳了对该程序规定得非常详细的版本。

英国是到目前为止竞争性对话程序最大的使用者——一点也不惊讶,因为它是一个强大的成员国并且该程序非常相近的反映了英国以前在旧的谈判程序下授予主要基础设施项目的实践(尽管有重要的不同之处——特别是在谈判程序的最后投标阶段需要充分竞争的投标)。截止到 2009 年 8 月,在欧盟公报上大约已经公告了 1500 起竞争性对话程序。其他该程序的重大的使用者包括了法国、德国、波兰和(特别是依据国家大小的比例)丹麦。另一方面,某些国家在其国内法律上有这一程序但是还未使用过,或者仅仅在非常少的案件中使用过(如立陶宛和葡萄牙)。

5.1.1 适用该程序的情形

这一程序适用于“特别复杂的合同”。这些合同被定义为,对于那些实体不能客观地界定能够满足其需要和目标的技术手段的合同或者是不能够明确项目的法律和/或资金形式的合同。³⁹¹这些情形似乎有重叠的,但是在某些方面要比谈判程序涵盖的情形要更广泛些。

可以认为这涉及到了当局依靠自己不能够找到最好解决方案的那些情形。这可以从对话的目的是使得当局能够确定能满足其需求的最优的方式中推断出来,正如指令第 29 条第(3)款中所述——因此阅读文本的第 1 条第(9)款后可知这是恰当的解释。

³⁹¹Article 1(9) of Directive 2004/18

一个当局也许同样能够适用竞争性对话程序来授予上文中界定的复杂合同，当其“考虑到公开或限制性程序将并不允许授予合同时”（指令的第 29 条(1)款）。

不幸的是，法律并未清楚的规定，竞争性对话是一项例外性程序，其将被进行限制性的解释和适用（如不带通告的谈判程序——将在下文中讨论到）还是一项像公开性和限制性程序一样的“标准”程序。这在解释规定的适用范围时十分重要。例如，这将在回答许多在文献中已经讨论过的问题时具备相关性，例如在使用其他方法时将带来巨大的成本的情形下使用该程序，以及上述意见是否是对的，是否允许当局使用该程序来决定什么是最优方案。

适用该程序的情形还未受司法解释的调整，并且其确切的含义仍然是一个在理论上存在争议的事项。

在英国实践中普遍使用该程序的主要情形有：

1. 私人融资基础设施项目。尽管 OGC 的指南中强调该程序不能够被简单地使用，因为该项目属于这一类型——有必要考虑在具体的案件中为何符合使用该程序的条件。

2. 当某当局正在试图安装一项复杂的预定信息技术（IT）系统来解决新的问题，而这项 IT 还从未被使用过。当局也许并不能够描述具体的及时规格，因为其不知道什么类型的系统将最优地运转，或者怎样才能最优的运转——例如，该系统能够实施什么样的功能和不能够实施什么样的功能，是否容易与当局运行的其他系统之间兼容，或者其是应当由私人承包商在操作还是由当局自己的雇员来操作。因此适合于仅仅发布一个对系统进行宽泛的功能性的描述，并且留给投标者来基于其知识和技术能力来提出建议。

无论法律规则之间有何细微的差别，当使用该程序时很重要的一点是清楚的审计线索的价值，这意味着：

i) 采购实体已经开始考虑相关条件是否符合特别复杂合同需要满足的条件以及是否应当使用公开或限制性程序；以及

ii) 这存在着某些好的证据证明符合这些条件（应当记录这些证据）。

这应当指向具体项目所涉及的事项，而不仅仅是重复指令的文义：当局不能够界定技术手段等。例如，文件需要解释为何采购实体不能够界定技术手段。在提供学校的一个项目中，例如，这可能，例如由于采购实体不知道在哪里选址，即便是潜在的供应商能够就学校进行投标，并且/或不同的可能性解决方案的特点是什么（例如，使用投标者自己的土地，在现址上刷新已经建好的建筑，爆破现有建筑并且在新址上进行建设，或者使用当局拥有的其他土地）。

这样一种审计线索能够帮助采购实体来应对质疑以及减少质疑成功的可能性。

5.1.2 竞争性对话程序的规则

在指令 2004/18 的第 29 条中设置了竞争性对话需要遵循的程序。与谈判程序相比，在更为具体的条文中细化了程序的形式以及其不同的阶段。例如在英国的实践中经常被运用的一个方式被设置在了下列图表中，“竞争性对话程序：在英国普遍适用的一个方法”。

应当注意到，很大程度上适用于不同阶段的规则（例如选择和授予）与限制性程序的规则是相同的，或者是非常相似的。到目前为止还没有欧洲法院的判例或者是英国法院的判例对这些与竞争性对话有关的规则进行解释——尽管在其他欧盟成员国中已经有一些案件了（如丹麦）。

竞争性对话程序：在英国普遍适用的一个方法

	竞争性对话
公告阶段	在欧盟公报上公告
选择阶段（或者资格审查阶段）（技术和/或职业能力；经济和财务标准；第 45 条的标准） 第 44-52 条	相配性（suitability） (资格条件) 从符合资格条件的供应商中选择候选人参与投标
授予阶段 (选择最低价或者最具优势的投标 [MEAT]) 第 53 条	对话阶段 i) 例如从 3-6 个参与者中选择框架性建议书 (经常没有或者有有限的财务信息) ii) 当局选择 2-3 个参与者来递交进一步的建议书 iii) 同 2-3 个被选择的参与者之间就建议书展开讨论 iv) 被选择的 2-3 个参与者递交详细的财务和技术建议书 v) 如果需要的话，进行进一步的讨论 由这 2-3 个投标者递交最终投标书 澄清、补充或者微调最终投标书 选择最低价的投标书或 MEAT (并且告知所有的投标者)
投标后阶段	同“首先投标者”进行澄清和确认的阶段
静止(Standstill)阶段	✓
签订合同阶段	✓
合同签订之后阶段	合同授予公告

上述图表阐明了竞争性对话在英国的与私人融资基础设施项目有关的实践中经常运作的方式。举一个典型的 PFI 项目的案例，这是一个提供学校设施的项目，在该项目的对话阶段的构成可以被解释为：

i. 从 3-6 个参与者处获得的框架性建议书（经常不存在着或者存在着有限的财务信息）

当局将首先从有限的符合条件的供应商中邀请框架性建议书。这将使得供应商呈交其对项目的解决方案。例如，在学校有关的案件中，这可以包括（取决于采购当局所设置的条件）在现址上翻新现存的学校；爆破现有建筑并且在新址上进行建设；或者在其他土地上建筑一所新的学校（这将由当局或者投标者或者其他所有人所有）以及为了其他的利用现有的土地——对供应商而言这可能产生收入，采购人可以利用这一点来使得供应商为提供学校而递交有优惠条件的报价或者对当局有益的报价。这些建议书可以或者不可以保护某些财务信息（例如当局可以要求给予这些方面的提示，如果项目的资金能力有限）。

ii. 当局选择 2-3 个参与者递交进一步的建议书

运用实现规定的合同授予标准，当局可以选择较少数量的提供者来递交完整的建议书。数量往往是有限的，经常是 2 个，因为递交完整的建议书的成本很昂贵。（例如，当局可能决定不选择某些供应商，因为这些供应商提供的可选择的学校地址并没有考虑到地址的适当性，例如由于其选址其排水区太远或者由于交通方面的问题）

iii. 同 2-3 个被选择的参与者之间就建议书展开讨论

接下来就被选出的 2-3 个供应商的框架性建议书进行讨论将使得其能够进一步完善基本的建议书，例如依据当局的优先权而更好的调整建议书（例如，决定需要提供的确切的服务和设施的类型 **beyond those specified as essential**），以及能够发展的可以适用的合同条款。

iv. 被选择的 2-3 个参与者递交详细的财务和技术建议书

这通常在最后的正式最后投标阶段之前，供应商首次提交完整的详细的和标价的建议书，这一建议书在指令/条例中并不作为最后的投标书对待。这是为了确保在最后投标阶段不出任何问题，假如在指令中规定的在最后正式投标阶段之后可以调整的投标的范围是受限制的和不确定的。

v. 如果需要的话，进行进一步的讨论

如果需要的话，将开展进一步的讨论，例如考虑到没有满足当局需求的完整建议书能够进行哪些方面的修订。

当局接下来将寻求正式的最终投标书，这些最终的投标书是详细的并且标价的建议书。³⁹²

³⁹² Fuller details of UK actual practice and what is considered “good practice” in these projects can be found in HM Treasury, Competitive dialogue in 2008, July 2008, available at www.ogc.gov.uk (joint Treasury/OGC publication).

新指令的第 29 条(3)款规定：“在没有经过参与对话的候选人同意的情况下，采购当局也不能够向其他参与人披露该候选人拟采取的解决方案或者提交的其他保密信息。”这一条规定写入指令使得投标者并不会因为担心实体将泄露其保密信息和，尤其是可能会被其他投标者使用的其建议的解决方案的详细信息而阻碍其参与投标。

并不是完全清楚，是否第 29 条第(3)款仅仅涵盖了国内法下被归类为秘密的信息（例如其泄露将侵害供应商既存的法律权利）或者为机密性建立一个独立的“欧盟”要求，尤其是就供应商的“解决方案”中所涉及的机密性。欧盟委员会的解释性释义来看，其似乎采取了前一种观点。这对规定中什么信息是保密性的，什么信息是不保密的留下了不确定性。清楚的解决方案可能是基于“意见”，所指的意見是不受任何知识产权的保护的，某些意见是明显的不受和较少的受知识产权的保护——且不清楚其中哪些信息是可以和不可以被使用的。并不存在判例法与这一规定有关。

另外一个问题是什么样的“协议”足够排除对保密性的要求。这显然给参与者之间达成协议留下了可能性，例如，所有的其他参与者应当基于其解决方案而被询问（例如，轮回的询问价款）。也可以认为，如果当局在通告中或者在合同文件中明确提出，其保留披露某些信息的权利并且这是参与采购的一个条件，该案中所涉的当事人，同样，考虑同意进行披露。

393

英国已经采纳了实践中的一个做法来解决这种情况，让投标人提出其认为哪一项具体的信息是需要保密的而不能够披露的，同时维持了公开和信息共享的基本原则。这一政策需要在合同文件中进行明确说明。需要探讨保密性的程度，但是——例如，投标者提出认为其递交的所有资料都是保密信息将是不恰当的。如果在这些情形下没有达成协议，缺乏法律上的明确性将引发一系列的问题。

新指令中的第 29 条第(8)款明确规定“采购当局可以在对话中详细说明价格或者支付给参与者的价款。”指令中包含这一规定是认识到了在复杂合同中参与某些投标程序的成本是很高的，因此实体希望支付一些报酬给参与者以引导其参与投标并且改善竞争。实体也许同样希望补偿那些提交符合要求的建议书的供应商，如同上文中所述的。

事实上指令中不存在条款阻止实体在任何授予程序中支付这类价款，并且其因此表现为在所有的程序中都可以支付这类价款，而不仅仅是在竞争性对话程序中。事实上在竞争性对话中明确的规定了这样的条文并不意味着就在其他授予程序中排除了这类价款的支付；大概该条文仅仅只是明确了在竞争性对话中的可能性，因为在该程序的背景下是需要特别考虑的问题。关于这一条文的另种可能性的解释是，在竞争性对话的特殊情形下

³⁹³ S. Treumer, "Competitive Dialogue" (2004) 13 P.P.L.R. 178-186. at p.182.

（而不是在其他程序中），该条文阻止了成员国禁止其个别的采购实体支付这种价款。

5.2 带通告的谈判程序

被允许使用谈判程序的当局——带通告的和不带通告的——只在那些指令中规定的特许情况下可以适用（像公共部门指令的第 28 条中所规定的一样）。公共部门指令的第 30 条规定了带通告的谈判程序的适用情形和适用条件。

尽管带通告的谈判程序仍然要求基于与该合同普遍有关的客观标准来授予合同，其没有提供像其他程序一样的控制客观性的保证——尤其是，依据已经设立好的技术规格来提交正式投标书——以及因此仅限于特殊情形。

应当首先关注到，在涉及到不带通告或者竞争的谈判程序的情形时，欧洲法院已经陈述过规制适用该程序的情形的两个重要原则，即其应当被严格的解释，并且采购者负有证明其适用该程序的正当性的义务。

欧洲法院也还没有考虑是否这些原则将适用于带通告的谈判程序。法院的陈述并没有明显的限制于不带通告的谈判程序，但是在这种情形下带通告的谈判程序的适用是不存在争议的，并且该程序是与单一来源采购十分不同的程序，涉及——我们将要讨论到的——公告、竞争和透明度的重要程度（例如，关于使用和公开选择标准以及授予标准）。可以认为上述原则应当不能够适用，因为“该类程序的形式不是真正的对指令中一般性原则的豁免，而是仅仅是这些原则的修正性适用，其考虑到了某些采购的特性。”³⁹⁴

另一方面，应当了解到在 2004 公共部门指令中的条文的构成来看，将支持一种不同的观点。在这方面，指令的第 28 条规定了实体必须使用公开或限制性程序的基本规则；并且其然后在“第 29 条规定的特殊情形”中规定，实体可以适用竞争性对话以及在“第 30 条和 31 条规定中所涉及的特殊情况和情形”中的谈判程序。欧洲法院可能从竞争性对话被单独规制并且两种谈判程序被一起规制的事实来看，尽管竞争性对话可能是一种非例外的程序，这两种谈判程序都是例外性程序。

关于解释的第二个需要考虑的问题是，是否程序之间存在着任何正式的“等级”。可以想象到，欧洲法院也许采纳了基于透明度原则的程序等级的概念。透明度要求使用适合于具体情形的最具透明度的程序。如果在这种情形下，带通告的谈判程序将只有在其他可以合适的程序，包括 2004 年引入的竞争性对话程序在内，都不能够适用的时候适用。反对这一观点者可以主张，指令在其清楚的条文中十分明确地表明了不同程序的可获得

³⁹⁴ Arrowsmith *The Law of Public and Utilities Procurement* (2nd ed)(2005), chapter 8.

性，以及在某些情况下在多个都可获得的程序之间的选择权——例如，其允许自由选择公开和限制性程序。试图不提供选择权的情形，都在指令中作出了具体的指示（例如，该指令具体的指出，竞争性对话只有在不能够通过公开或者限制性程序授予合同时适用）。但是，在有限的情形下，带通告的谈判程序收到了其他程序的存在和可获得性的影响，包括新的竞争性对话程序在内，要么是指令中的明确规定要么是通过暗示或者类推。

当实体选择谈判性程序时，程序的记录中必须包括其选择该程序的理由（公共部门指令的第 43 条(f)款）。因为在所有情形下都要审查采购决定的合法性，维持包含了具体原因及证据的详细的审计线索可能在应对引发的质疑和在成功抗辩时十分重要。³⁹⁵

实体可能往往使用比指令要求的更为严格的程序。因此，例如，采购实体可以决定在以不带谈判的最后投标书为基础，在带通告的谈判程序中作出其最后的选择，即使规则允许在任何最后投标阶段进行某些谈判。

到目前为止，指令首先允许使用谈判程序——从指令的文义来看——“如果将要提供的服务的性质是这样的：合同技术规格不能进行足够精确的描述，因而不能按照公开或限制程序规则来选择最佳投标”（第 30 条第(1)款(c)项）。明确地描述技术规格的困难并不能够给免除竞争提供理由，但是却使得一个正式的严格的程序变得不适当。

在指令中并没有明确的表达，同上文中讨论的内容有关的是，是否带通告的谈判程序的适用情形，同样也适用于使用竞争性对话程序授予的合同。我们已经在上文中指出，欧洲法院可能采纳一种正式的一般性的程序等级，并且当这种情况出现时，依赖于这种情形而适用谈判程序将取决于其是否展现了：竞争性对话程序同样也不适合于该合同的授予。但是，到目前为止还不存在着这种程序等级。尽管如此，即使不存在着一般性的程序的等级，其可能认为，在指令中暗含着这种等级——通过从使得依据公开和限制程序来开展招标程序的明确的条文中来类推——适用谈判程序的情形同样也服从于更透明的竞争性对话程序的不可获得性。其也有可能认为，在引入竞争性对话之后，使得谈判性程序的适用没有明确的服从于竞争性对话的不可获得性的过错，仅仅只是一个疏忽（该问题简单到当时并没有进行考虑），而不是暗示着任何积极的目的从而在谈判程序和竞争性对话之间提供一种广泛的重叠；在允许谈判程序方面的条文的安排，仅仅是作为“最后的诉求（last resort）”，当公开和限制程序不能够被适用时，也要求服从于竞争性对话的不可获得性来进行考量。似乎这种主张可能会在法庭上获得某些同情。但是，即使在这种情形下，似乎在提供服务类合

³⁹⁵ The value of such an audit trail is emphasized, for example, in the OGC's guidance concerning use of negotiated procedures on PFI project *Competitive Dialogue Procedure: OGC Guidance on the Competitive Dialogue Procedure in the new Procurement Regulations* (Jan 2006), www.ogc.gov.uk, section 2.

同的情形下可获得的程序将仍然十分广泛——金融服务和智力服务——对于这类合同，指令和条例明确地关注了其采购程序的适用。

即使竞争性对话的不可获得性不是适用谈判程序的正式条件，似乎竞争性对话的引入将导致欧洲法院对谈判程序的适用情形进行更为狭义的解释，而不是其可能会做出的那样，认为谈判程序仅仅在公开和限制程序极度不合适的情形下才可以获得，而不是只要公开或者限制程序从商业上考虑不合适时。

依据上述例举的法律原则，一个特别有趣的提问：该程序怎么仍然与英国的私人融资计划和其他的公私伙伴关系之下实施的项目有关。在英国 PFI 的私人融资基础设施项目的背景下谈判程序的适用情形的广度已经变得十分重要。一般的实践，至少在 1990 年代对主要类型的 PFI 合同适用一种标准化的方法以前，使用带通告的谈判程序。这是受到了财政部任务建议的影响，其建议该程序对于 PFI 合同都普遍适用。其一般通过涉及到以下方面的过程来授予合同：从广泛的输出型的技术规格开始，然后该技术规格被逐渐地细化和完成，在授予阶段考虑到第一阶段招标和/或讨论的结果，以新竞争性对话程序所关注的相似的方式进行。欧洲法院从来没有考虑过对这类情形适用该程序。

但是，在英国的法庭上解决了这一问题——先于 2004 指令的颁布，当竞争性对话仍然不可获得时——由 Richards J. 在 *R. v Rhondda Cynon Taff County BC Ex p. Kathro* 案中阐述的³⁹⁶。该案涉及到一个地方当局为了多类设施的 PFI 项目，包括学校、社区学习设施，以及艺术和休闲设施。某些决定，包含适用谈判程序的决定受到了社区理事会和个别反对 PFI 计划的居民的挑战。Richards J. 总结到，理事会有权归纳适用谈判程序具备正当性的情形。但是，他并没有提出关于这一点的理由。现在应当依据新的竞争性对话程序来考量 Kathro 案。特别是该案考虑到了这样一个事实：正是由于对私人融资项目适用谈判程序的怀疑才使得确信了对竞争性对话的适用。

自从 2006 年政府商务办公室（OGC）指南中建议：仅在“十分例外的情形下”对 PFI 适用谈判程序。在实践中，自从指令 2004/18 在 2006 年开始实施后，带通告的谈判程序的适用数量急速下降，这种下降同与此有关的新竞争性对话程序的适用数量上升相对应。似乎这反映了 OGC 颁布的指南所达到的效果，竞争性对话应当普遍地适用于 PFI 项目，并且一般情况下并不适用谈判程序。

值得注意的是，尽管财政部主管公私伙伴关系的官员，Charles Lloyd，2009 年 10 月在伦敦召开的公私伙伴关系英国年会上发布的演讲中表示，可能即将重新审视在这个领域的政府政策。审视的目标将是“更好地了解什

³⁹⁶ R. V Rhondda Cynon Taff County BC Ex p. Kathro [2001] EWHC Admin 527; [2002] Env LR 15, QBD.

么时候以及如何适用竞争性对话，怎样更好的发挥作用，以及与谈判程序相比较如何”。作出这样的提醒是基于这样的事实：“一个或者两个其他国家正在使用谈判程序来反对竞争性对话。”[对于 PFI 型项目]

将十分有趣的见到，在不久的将来 OGC 是否会就 PFI 项目中谈判程序的可获得性和期待性的建议作出任何方式的改变，并且从而导致这一程序重新被广泛地运用于英国的 PFI 项目——或者至少比现在要运用得更多。

最终可能提示到：“没有技术规格”这一理由并不适用于工程和服务合同。工程和供应合同总是能够起草确切的技术规格这一假设将受到批评。但是，竞争性对话程序的可获得性在某种程度上改善了在之前这些情形中存在的问题。

在公共部门指令中，也同样可以通过带通告的谈判程序来授予合同，在这些合同中货物、工程或者服务的性质或者是合同履行风险，都是“不允许作出整体定价”的。（第 30 条第(1)款第(b)项）。

6. 结论

欧盟条约并没有限制成员国批准契约性 PPPs 或者建立 IPPPs 的自由。所关注的是批准或建立的方法是否符合欧共体法。相关的欧共体规则包含了与竞争有关的规则、国家补助（state aid）和公共采购规则。本章调查了在由欧盟条约自由流动规则构成的欧盟采购规则、判例法中发展而来的原则以及欧盟采购制度的支柱——公共采购指令之下，对不同类型的 PPPs 的规定，即特许经营、其他的契约性 PPPs（尤其是 PFI）和 IPPPs。

从上文中的讨论可以清楚的得知，那些关于适用范围和采购程序的采购规则，需要进一步澄清哪些可以适用于 PPPs。欧盟委员会已经采取了许多活动通过采纳不具有约束力的软法措施来提供指导。假使成员国关于 PPPs 的实践存在多样性，委员会也不容易在这样一种具有活力的和经济重要领域增强法律的确定性。尽管委员会宣称其意图已经有 6 年了，在这种情形下有约束力的法律工具及其范围仍旧是不清楚的。

可以主张，委员会应当将其有限的资源关注于努力实现法律确定性与成员国裁量权的平衡，透明度和商业灵活性之间的平衡，在 PPP 合作中公共参与方与私人参与方之间的平衡。还应当做的紧急工作是澄清对 PPPs 而言各主要采购程序之间的关系，即竞争性对话与带通告的谈判程序之间的关系。

可以认为，目前欧盟关于 PPPs 的采购法律框架仍然关注于非歧视、平等待遇和透明度，并且在很大程度上忽视了公共参与方和私人参与方参与基于互信的商业上可行的合作的需求。这由委员会在其最近关于 IPPPs 的

释义通告中“信任破坏(trust-breaking)”的劝告所强调，条例和一项 PPP 的公司章程“应当阐明在未来可能会改变私人参与者”。³⁹⁷

³⁹⁷ Commission Interpretative Communication on the application of Community law on public procurement and concessions to Institutionalised Public-Private Partnerships (IPPPs), C(2007)6661 of 5.2.2008, at 2.2

第 5 章

PPP 在中国

1. 引言

在中国，私人部门的发展已经从最近过去几年中中央层面的鼓励性政策方针中获得了动力。³⁹⁸私人部门被鼓励参与传统上由政府或者国有企业（SOEs）垄断的几乎所有部门中的服务提供。

随着这些发展带来了第三轮中国公共采购改革和规制的浪潮——新兴的私人融资基础设施项目（PFIF）采购的规制框架和在城市基础设施和公用事业部门中有特色的特许经营条例的立法发展。

本章将介绍这些政策和法律的发展，以探究新公私伙伴关系的新兴的法律框架和有关的主要规制问题。

第2部分将就中国鼓励私人提供公共服务方面的政策和条例的发展做一个简要回顾。第3部分将观察哪些现行的条例将有助于未来法律框架的发展和哪些是新的需要解决的问题。第4部分将做一个总结。

本章的目的在于回顾是否在新的条例中已经建立了合适的规制目标，以及多大程度上这些新的条例在实质上有助于实现这些目标。本章还同样试图探究还遗留了什么问题，以及未来的条例需要解决哪些问题，以给中国基础设施的私人融资提供一个更好的法律框架。

2. 最近的立法活动

³⁹⁸ e.g. the Notice on Publishing the Opinions on Promoting and Guiding Private Investment, issued by the then National Planning Commission on December 11, 2001. Some Opinions On Some Policy Measure To Increase The Development

Of Service Sectors In The 15th Five Year Period, issued by the then National Planning Commission in January 2002; Opinion On Promoting The Marketization Of Urban Public Utilities, issued by the Ministry of Construction on December 27, 2003; Measures On Urban Public Utilities Concession, issued by MOC in 2004; State Council Decision Regarding The Investment System Reform, issued by the State Council in July 2004; the Opinions On Encouraging, Supporting And Guiding The Development Of Non-State Sector Economies, issued by the State Council in 2005.

尽管有所波动，在中国经济改革活动之后中国的私人部门已经有有了一个稳定的和可持续的发展。可以观察到，对私人部门进行政治的和意识形态限制的时期过去了，并且制度和法律的障碍已经移除了。³⁹⁹私人部门在竞争性和商业部门享受着完全的发展自主权。

但是公共服务部门中的私人部门的发展道路并不平坦。这可能是由于事实上公共服务在传统上是由政府和SOEs占垄断地位的领域。

即使当该领域向私有部门开放，外国投资者也因为各种政策和实践原因而受到青睐。例如，当地政府可能更热衷于引进国外投资来提升地方政府的形象，当地方政府的成功的指示器是建立在GDP的增长和引进外国投资的规模的基础上；或者SOEs的管理可能会使用其国外伙伴作为反抗政府控制和维持某种程度自主性的杠杆。也可以观察到，在少量的私人融资基础设施和公用事业项目之中，大多是通过合同来进行个案规制的。不存在着部门或者是一般性的法律来规制合同的授予和监管项目的运营，除了在少数情形下某些地方颁布了规制一种特殊的私人融资基础设施项目（PFIP）运营的专门的地方条例以外。

随着最近的鼓励私人参与公共服务提供的政策和法律的发展，这种情形已经发生了引人关注的变化。在过去几年，已经颁布了部门和国务院层面的一系列政策，主张在传统上由政府或SOEs垄断的行业中实施自由化政策。特别值得注意的是《国务院关于鼓励支持和引导个体私营等非公有制经济发展的若干意见》。⁴⁰⁰

该意见实现了广泛的行业自由化，包括传统的垄断行业例如电信、民航、石油和铁道运输等城市基础设施和公用事业、社会事业领域以及，在某种程度上的军事部门。其也为私人参与投资提供了多种方式，例如持股、合资和项目融资。

该意见为私人参与在中国的公共服务提供产生了深远的政策和实践上的启示。国内私人投资者享有与国外投资者同等的权利并且某些政府已经制定了实施细则和条例。这些都是特许经营条例的显著的法律发展——

³⁹⁹ During a considerable period of time before 1978 the non-state sector economy was severely restricted or even prohibited. However the constitutional position of the non-state sector economy has gradually changed through several amendments to the Chinese Constitution Law, especially noteworthy is the 1999 Amendment to the Chinese Constitution Law, which establishes the non-state sector economy as an important component of the socialist market economy and its equal legal status with the state sector economy. The 2004 Amendment to the Chinese Constitution Law further establishes that “the State protect the legitimate rights and interest of individual, private and other non state sector economy. The State encourages, supports and guides the development of non state sector economy and supervises and manages the non state sector economy according to laws.”

⁴⁰⁰ State Council, The Opinions on Encouraging, Supporting and Guiding the Development of Non-State Sector Economies, issued by the State Council in 2005.

规制新型公私伙伴关系的形成和运营。在之后的三年内，发布了一个部门规定和四个省级的规制城市公用事业特许经营的规定。⁴⁰¹

北京市政府同样参照了这一方法，但是采取了不同的方式；其条例并不涉及公用事业而是涉及到基础设施特许经营。⁴⁰²但是，这些条例的范围在某种程度上是一样的并且可以认为公用事业和基础设施的术语在这些条例中可以被交替适用。⁴⁰³

本研究将选择三个省级人大制定的条例来作为研究的对象，即北京市的条例、深圳市的条例和新疆省的条例，以及在具有相关性时提及该部门规定。

3.对PFI项目的法律框架和主要的规制问题：中国现行条例的概述

3.1 规制的目标

在基础设施/公用事业条例中能够找到不同的政策目标，包括保护社会利益，以及市场运营者和消费者的利益，提高公共服务的水平，促进基础设施市场化进程和促进竞争，提高公共资源分配的效率，提高规制过程的透明度，以及鼓励公众参与监督。⁴⁰⁴一般而言，某些目标是与整体的基础设施/公用事业的规制有关，但是其他的却只特别规制PFIP。例如英国一部与公用事业有关的法律中要求公用事业中消费者的保护应当作为规制者

⁴⁰¹ Ministry of Construcion, Provisions on Urban Public Utilities Concession, issued by the Ministry of Construction on in 2003 (hereafter referred to as the Ministerial Provisions); Shenzhen Municipal Provision on Urban Public Utilities Concession, issued by Shenzhen Municipal Government in 2004, later upgraded to a congress made law, Shenzhen Municipal Regulation on Urban Public Utilities Concession (hereafter referred to as the Shenzhen Regulation), enacted by the People's Congress of Shenzhen Municipality in December 2005, effective on March 1, 2006; Regulation on Public Utilities Concession of Xinjiang Autonomous Region (hereafter referred to as the Xinjiang Regulation), issued by the People's Congress of Xinjiang Autonomous Region in 2005; other two provincial provisions are found in Guizhou province and Tianjin municipality (hereinafter referred to as Guizhou Provision and Tianjin Provision).

⁴⁰² Municipal Government, The Urban Infrastructure Concession Provision of Beijing Municipality, issued by the Municipal Government in 2004, and later upgraded to The Urban Infrastructure Concession Regulation of Beijing Municipality (hereafter referred to as the Beijing Regulation), passed on December 1, 2005 by the People's Congress of Beijing Municipality, effective on March 1, 2006. A review of the Beijing Regulation can be found in C. Fuguo, "The Emerging Legal Framework in Private Finance in Infrastructure in China: a Review of the Beijing Concession Regulation" (2006) 15 P.P.L.R.

⁴⁰³ The term of infrastructure and utilities are also used interchangeably in other context. E.g. Professor Gómez-Ibáñez uses the terms "infrastructure industries" and "public utilities" interchangeably. See J. A. Gómez-Ibáñez, *Regulating Infrastructure: Monopoly, Contracts, and Discretion* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2003).

⁴⁰⁴ The objectives of infrastructure Regulations are discussed in a study report "A Study on the Legislative Framework and Regulatory Issues in Regulating Beijing Municipal Infrastructure", commissioned by the Beijing Municipal Government and conducted by the author and colleagues in 2004.

的主要目标⁴⁰⁵，并且所有的其他有关的政策，例如有效竞争和资源的有效配置、高质量的服务等，都仅仅只是实现保护消费者这一更高层次的政策方针/目标的政策性工具。这应当对所有的公用事业运营者适用，无论提供公用事业的目标是什么。

但是，PFIP条例可能具有更多的临时性规制目标，正如在《联合国贸易法委员会私人融资基础设施项目法律指南》(the UNCITRAL Guide on PFIP Legislation)（简称，《UNCITRAL 指南》）中讨论过的。⁴⁰⁶《UNCITRAL指南》已经清楚地表示：“指南的目的在于协助建立一个有利于私人投资于公共基础设施的法律框架”⁴⁰⁷，以及“宪法，立法和制度性框架应当确保项目的透明度、公平性和长期可持续性”。⁴⁰⁸

从中国的条例的角度来看，引发了与新的条例中建立合适规制目标有关的问题。

3.1.1 利用私人资本 vs. 在基础设施部门的市场改革

某些中国的条例将PFIP立法的目标明确为，为公共基础设施“拓宽融资的方式”。在北京市的条例中体现得尤为明显，当提倡制定该条例时认为该条例的主要目的之一是“扩大在城市基础设施方面的融资渠道以及吸引国内和国际投资”⁴⁰⁹。如果考虑到由于2008年奥运会和大都市人口所产生的对基础设施的不断增长的需求所带来的投资压力，这一目标是可以理解的。但是将目标简单的界定为利用私人资本和授予垄断权给私人企业是一个致命的错误。⁴¹⁰可以认为，在授予特许经营权方面的一个重要的问题是鼓励市场改革和竞争。可以总结为，只有当公平的市场规则建立时才能够真正的激励私人融资。因此即使在法律上调整的是特许经营这一狭窄的问题，也应当建立广泛的市场改革和竞争的目标。竞争或者垄断的问题、公

⁴⁰⁵ Utilities Act 2000, ss.9 and 13, laying out the principal objective and general duties of the Secretary of State and the Authority, provides that ‘*the principal objective of the Secretary of State and the Gas and Electricity Markets Authority in carrying out their respective functions under this Part is to protect the interests of consumers in relation to gas conveyed through pipes, wherever appropriate by promoting effective competition between persons engaged in, or in commercial activities connected with, the shipping, transportation or supply of gas so conveyed*’.

⁴⁰⁶ UNCITRAL Legislative Guide on Private Finance in Infrastructure Project (hereafter referred to as the UNCITRAL Guide).

⁴⁰⁷ UNCITRAL Guide, Introduction, at para.4.

⁴⁰⁸ Consolidated Legislative Recommendation, included in the UNCITRAL Guide.

⁴⁰⁹ D. Xiangyang, ‘‘Explanations on the BeijingRegulation’’ (draft), presented to the Beijing Municipal Congress accompanied with the Draft; this objective is provided in Art.1 of the former Government provisions and Art.2 of the Beijing Regulation succeeds.

⁴¹⁰ J. Stieglitz, ‘‘Enhancement of Regulation and Competition Policy: the Case of Network Industry’’, in *The Theory and Policy of Chinese Regulation and Policy* (Z. Xinzhu ed., Social Science Documentary Press, 2000) p.364. (In Chinese).

共或者私人垄断的问题实际上在于政府的在私人融资基础设施方面政策的选择⁴¹¹，如同在《UNCITRAL指南》中所讨论到的。

“国家政策的基本内容包括对每一个基础设施部门所达到的竞争水平，如何筹划该部门的结构以及采用何种机制来确保基础设施市场的妥善运行。在促进基础设施私人投资的国家政策之外，还采取措施在公共服务提供者之间引入竞争，或者在竞争制度不可行的情况下，防止滥用垄断地位。”⁴¹²

该《指南》还同样提供了在私人融资基础设施中竞争政策、关于基础设施部门改革的有关政策和相关经验的详细讨论⁴¹³。尽管意识到这样一个事实：某些国家可能觉得有必要提供临时性的排他性权利，限制公共服务提供者的数量，或者其他对竞争的限制以鼓励私人投资；该《指南》同样建议这些措施应当仅仅是临时性的或者过渡性的措施并且“需要谨慎地管理从垄断到市场的过渡”⁴¹⁴。可以认为，《UNCITRAL指南》已经清楚地囊括了竞争政策和含有私人融资的基础设施领域的市场改革。

回到中国背景下的讨论，在新PFIP条例中认可市场改革的更广泛的目标似乎不容易达到。例如，在北京市条例的立法过程中，这一条例背后的主导性推动力，北京市发展和改革委员会（BMDRC），十分热衷于通过新条例的更广的适用范围来推动市场化和整个基础设施部门的改革以及建立公平的市场秩序，并且在工作组成员中达成了一个广泛的共识——将促进基础设施市场化作为一个首要的规制目标。但是，这一问题变得微妙和复杂，并且颁布这样的一个条文可能将会实质性地推迟这一立法的进程；最后不幸地是，放弃了在立法目的一章中明确的宣称这一市场化政策。⁴¹⁵

但是，在其他条例中可以找到这一市场化的政策目标。例如，在建设部的部门规定中宣称，立法目标之一是促进市场改革和建立一个公开的和竞争的市政公用事业市场，以及在天津市规制公共公用事业特许经营的规定中也是遵循了这一方式。

3.1.2 平衡公共利益和私人利益：公共利益优先原则

PFIP规制的另外一个目标是实现公共利益和私人利益之间的平衡。

⁴¹¹ Actually one of the World Bank Policy Papers has recommended that government should consider the introduction of competition through reform of market structure before the award of concession contract. See K. Michel, R. David Gray, T. Irwin, C. Levesque, and R. R. Taylor, *Concession For Infrastructure: a Guide to their Design and Award*, World Bank Technical Paper No.399, at p.7.

⁴¹² UNCITRAL Guide, Introduction, at para.21.

⁴¹³ *ibid.*

⁴¹⁴ UNCITRAL Guide, Introduction, at para.44.

⁴¹⁵ See Report on the Review Opinions of the Draft Beijing Regulation, by the Finance and Economic Commission of the People's Congress of Beijing Municipality.

正如《UNCITRAL指南》中所讨论的，“公正的法律框架考虑到政府、公共服务提供者及其客户的各种（有时可能相互冲突的）利益，寻求在这些利益之间实现公平的平衡。”⁴¹⁶

因此，“《指南》中所提的建议力求平衡兼顾两个方面：一方面需要促进和鼓励私人参与基础设施项目，另一方面，又要顾及到与东道国公共利益有关的事项。”⁴¹⁷

所有现行的中国条例都宣称了类似的利益目标的平衡。例如，在北京市条例中规定，该条例的目的在于保护社会和公共利益，确保提供公共货物和服务的质量以及包含特许经营权受让人的合法权利。在实践中，尽管，不同的利益结构是一个需要谈判的问题；因此利益目标之间的平衡的实现十分依赖于选择和谈判的过程以及合同参与方之间缔结的最后合同。

立法者十分关心的一个问题是，政府可能在某些情形下，通过寻求超额利润的私人运营者来实施开发时容易处于弱势地位。当还不存在负责任的政治体制时尤为如此：规制十分薄弱，项目的执行过程能够被轻易地操控以及合理的监管体制仍然有待于建立。这些情形在中国背景下十分有可能存在。因此，意识到私人利益保护的重要性时，规制者同样热衷于保护公共利益。所有的条例都建立了“公共利益优先的原则”，这意味着当发生利益冲突时，公共利益应当获得优先保护。⁴¹⁸

公共利益的保护问题几乎附属于特许经营权受让人的义务的同时⁴¹⁹，其同样也涉及到新条例中给公共当局所施加的责任。例如，为了保护公共利益，新疆的条例给市政府强加了不能向私人部门出售公共资产的责任。这是为了控制所谓的，正在日益广泛出现的现象——在地方层面，便宜地出售公共服务设施给私人部门作为一种缓解政府财政负担的手段。某些规制也要求监管当局制定一种应急预案，以确保在非常规情况下的公共服务的不间断供应。

在条例中还贯穿着许多措施，设计这些措施的目的在于保护投资者的利益，包括在授予过程中法律和条例的透明度，以及在适用过程中的可预期性和公平性；⁴²⁰关于政府签订的特许经营合同⁴²¹，在巩固政府机构之间的合作方面⁴²²；在政府的支持和承诺方面⁴²³；在商业秘密的保护方面⁴²⁴；在政策调整情形下可支付的补偿方面。⁴²⁵

⁴¹⁶ UNCITRAL Guide, Ch.1, at para.5.

⁴¹⁷ UNCITRAL Guide, Introduction, at para.4.

⁴¹⁸ Beijing Regulation, Art.5.

⁴¹⁹ See the discussion below in section 3.6.1.

⁴²⁰ e.g. Art.11 of the Beijing Regulation.

⁴²¹ e.g. *ibid.*, Art.19.

⁴²² e.g. *ibid.*, Arts 6 and 18.

⁴²³ e.g. *ibid.*, Arts 15, 16 and 17.

⁴²⁴ e.g. *ibid.*, Art.29.

⁴²⁵ e.g. *ibid.*, Arts 30 and 32.

在北京的条例中同样重述了受侵害的特许经营受让人诉诸于其他法律所规定的正式程序⁴²⁶的权利。但是条例本身并没有提供独立的质疑和争端解决制度。

3.1.3 消费者利益的保护作为首要目标？

基础设施/公用事业条例的最终目标是提高消费者的福利。此外，消费者能够在公共服务运营的监督过程中扮演重要的角色。

认识到政府保护消费者的首要目标以及在其他权限范围内的消费输入机制，提倡在新的特许经营条例中建议相似的规定和机制。但是，该问题与消费者社会的发展十分具有相关性，以至于在北京市条例这一个案中，并惊讶于将保护消费者作为首要规制目标这一主张的失败。

但是，还是实现了某些方面的受欢迎的改善——某些条例要求建立一个公用事业委员会，一个类似于英国的新的消费者机制。⁴²⁷

3.2 特许经营的概念

特许经营是一个基本概念，为了条例的适用而必须存在的概念，并且其影响到相关参与方之间的基本权利和义务的法律安排。此部分所概述的所有条例都用明确的一章来定义特许经营的概念，⁴²⁸典型例子是将特许经营定义为“一个契约性的安排”，在这一安排之下通过公平竞争，由政府授予特许经营权给企业和其他经济组织，以在特定时间和区域内运营被界定的城市基础设施和提供公共货物或服务。⁴²⁹但是，这一定义自身并没有指出这样的运营是要被支付报酬的，并且特许经营的其他基础性的特征也能够其他法律权限中找到。

特许经营的一个更为普遍的典型特征是，收入是来源于使用者所缴纳的费用，而不是普通的公共财政。例如，在法国，特许经营这一术语所包含的法律性安排的共同特征是特许经营权受让人的收入必须与使用者缴纳的费用具有关联性。⁴³⁰使用者支付这一特征也能够在英国的文本中找到，在英国立法中将一项特许经营协议定义为高速公路当局同一个人（特许经营权人）签订的一项协议，作为企业承担这些义务（可能在协议

⁴²⁶ e.g. *ibid.*, Art.33.

⁴²⁷ In the United Kingdom, several consumer voice mechanisms are established in relevant Utilities Regulations for example, the Voice of Water in the water industry.

⁴²⁸ The Beijing Regulation, Art.2, Shenzhen Regulation, Art.3 and the Xinjiang Regulation, Art.2

⁴²⁹ Beijing Regulation, Art.2.

⁴³⁰ See P. Boeuf (EIB), “Public-private Partnerships for Transport Infrastructure Projects Annex 1”, paper delivered at Seminar “Transport Infrastructure Development for a Wider Europe”, Paris, November 27–28, 2003.

中具体规定与设计、施工、维持、运营或者改善一条具体公路有关的义务)的回报,企业可以享有收取关于公路的使用费的权利(通过一项收费指令被授予该权利)。⁴³¹欧盟指令将一项特许经营定义为一个合同,在该合同之下:“实施工程的对价或者仅仅由开发工程的权利组成,或者由该权利与对价的结合所组成。”⁴³²

其他文件进一步的阐明:“开发意味着执行工程的提供者,不是由发起程序的授予当局直接付款,而是当工程完工后从向工程的使用者收取的费用中赚取收入。”⁴³³

因此,对特许经营的基本特征所形成的一个广泛的共识是,使用者付费的融资机制,这使得特许经营与提供公共服务的其他私人融资安排相区别开来,例如,在英国背景下的某些类型的PFI安排,例如监狱和医院,这些都不是以使用者付费为基础进行融资的。⁴³⁴

回到中国的法律文本中,中国条例的定义性条文自身并没有在澄清特许经营的含义和法律安排方面作出多少帮助。但是从条例的其他部分的规定可以观察到,在一项特许经营项目中报酬可能包括了使用者支付的费用,开发和运营与城市基础设施的客体有关的设施的权利,政府补贴以及经过政府同意的其他形式的报酬。⁴³⁵在北京市条例的一条规定中,主要涉及到了政府的支持和担保,其进一步规定:这些报酬也同样可以采取政府向特许经营者采购产品和服务的形式。⁴³⁶但是,任何情况下政府都不应当承诺保证关于投资的固定回报率或者承诺承担商业风险。⁴³⁷当政府在设计一项特许经营项目时,该项特许经营中使用使用者支付的特征将通过BOT(建设-运营-转移)、TOT(转移-运营-转移)的特许经营安排形式来进一步表明。

此外,中国的定义中没有解决的领域是:在判断一项采购安排是否为特许经营时,项目风险所扮演的角色。欧盟委员会已经清楚地澄清了这一点:

⁴³¹ New Roads and Street Works Act 1991 (UK), Pt 1(1).

⁴³² Directive 2004/18 of the European Parliament and of the Council on the co-ordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts, Art.1.

⁴³³ At 1.1. Draft Commission interpretative communication on concessions under Community law on public contracts, [1999] O.J. C94/4.

⁴³⁴ See Arrowsmith (ed.), *Public Private Partnerships and PFI* (Sweet & Maxwell); Cirell, Bennett and Hann, *Private Finance Initiative and Local Government* (Sweet & Maxwell); Butterworth's *PFI Manual* (Butterworths); Morrison and Owen, *Private Finance Initiative* (1996); Fox, *PFI Handbook* (Jordans, 1999).

⁴³⁵ e.g. Beijing Regulation, Art.15 and Shenzhen Regulation, Art.22.

⁴³⁶ Beijing Regulation, Art.17.

⁴³⁷ e.g. *ibid.*

“尽管资源的最初来源——直接由工程的使用者支付——在大多数情形下是一个重要因素，开发风险的存在，其涉及到作出的投资或者投入的资本，其是决定性因素，尤其当授予当局支付总价款时。”⁴³⁸

因此在欧盟法中，项目风险是否转移给了特许经营权受让人在决定合同性质和政府采购法的适用性时是一个至关重要的因素。例如，通过风险标准，如果政府承担了保证项目付款，或者承诺固定投资回报率时，则不是一项特许经营合同。也可以认为，特许经营并不涵盖由当局基于公众使用情况的资金而向提供者支付报酬的情形——例如，当某当局基于公路使用者的数量（隐蔽的收费）而向道路运营者支付报酬的情形。⁴³⁹

相似的风险问题也同样出现在中国的法律文本中，假设政府支持的项目也许包括了补贴，相关设备的开发权利等形式的政府支出。但是这些条例在这方面都仅提供了少量的指导，除了强加给当局不能保证任何投资固定回报率的义务或者不承担任何风险的义务以外，这些义务本身也不是很清楚。因此，仍然可见项目风险在判定一项特许设施项目时能够扮演的角色。

3.3 条例的适用

这些条例仅仅涵盖了以特许经营的方式提供基础设施或者公用事业服务的情形。⁴⁴⁰因此为了条例的适用的目的，决定什么构成了对特许经营的定义就十分重要，但是如上文中讨论的，该定义又没有十分清楚的阐明。

尽管如此，似乎这对该条例的适用并不成为问题，因为在项目早期建议阶段政府一般同意一项特许经营安排（可能基于私人融资和使用者付费的测验），并且当决定以特许经营的形式开展项目时，该条例将自动适用。

这些条例遗留了许多与特许经营的定义及其有关规制的重要政策问题，这需要进一步的指导。首先，一项特许经营仅仅只是政府可以利用来提供公共服务的政策工具之一。至少在理论上，政府仍然可以选择自己提供公共服务或者通过一个国有企业，或者其可以选择通过政府采购来提供公共服务或者其他形式的私人融资（例如英国的PFI）。第二，通过一项特许经营安排来提供基础设施服务的决定是一个重要的公共政策问题。有人

⁴³⁸ See the European Commission: Interpretive Communication on Concessions under Community Law (the “Communication”) April, 2000, at p.8. Similar indication can also be found in another official document: it should be noted that it is the criterion of the right of exploitation and its corollary, the transfer of the risks inherent in the exploitation, which distinguish public contracts from concessions. European Commission: Green Paper On Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, (Com (2004) 327 final), at p.36.

⁴³⁹ S. Arrowsmith, “Public Private Partnerships and the European Procurement Rules: EU Policies in Conflict?” (2000) 37 C.M.L. Rev. 709.

⁴⁴⁰ Beijing Regulation, Art.3, Xinjiang Regulation, Art.2 and Shenzhen Regulation, Art.3.

建议这些条例应当对这一公共选择提供某些指导。北京市的条例是一个很好的例子，其强调了规制建议和确定一项特许经营项目的程序。在新疆的条例中同样规定了某些规制确定一项特许经营项目的原则。⁴⁴¹第三，政府明确标准是一个很好的实践，能够利用这些标准来评价使用特许经营方式的优势以及决定是否使用特许经营。但是现行的条例中没有任何相关规定。

这些条例也规定了可以利用特许经营作为提供基础设施服务的具体部门。这些部门包括供应水、气和热的部门；处理污水和固体废弃物部门；以及公共运输部门。在条例可能适用的范围之内，可以决定同样包含其他的部门，在北京市的情形下可以通过市政府的决定，也可以是通过法律和条例的规定。⁴⁴²可以观察到，尽管城市基础设施特许经营和城市公用事业特许经营是不同的术语，这些法律所涵盖的部门很大程度上是相同的。

3.4 政府职能的配置及其协调

成功地交付特许经营项目很大程度上依赖于来自不同政府部门之间的有效支持及其之间的协调，因为一个特许经营项目可能涉及到许多政府职能，并且伴随着特许经营项目的开展可能还产生了新的政府职能，例如缔约和规制的职能。现行的条例已经体现了对该问题的十分关注。例如，深圳市的条例将委托权⁴⁴³和采购当局⁴⁴⁴配置给了市政府自身，将监管权配置给了公用事业部门的主管当局，尽管，作为协调不同政府部门之间的监管职能的措施，其进一步规定其他有关部门在其各自权力之内协助履行相应的监管职能。⁴⁴⁵在这方面新疆的条例与深圳的条例不同，其将采购和监管职能都配置给了主管公用事业部门的当局。⁴⁴⁶

政府职能的配置及其协调问题，也是在北京的条例制定过程中关心的问题，这一关心体现在许多条文中。有一个条文建立了部门主管当局⁴⁴⁷作为采购和监管当局⁴⁴⁸。但是，北京市的条例不同于深圳市的和新疆省的条例，其给BMDRC配置了一个十分重要的角色——在囊括了其传统的在基础

⁴⁴¹ Xinjiang Regulation, Art.4.

⁴⁴² Beijing Regulation, Art.3, Xinjiang Regulation, Art.2, and Shenzhen Regulation, Art.3.

⁴⁴³ Shenzhen Regulation, Art.7.

⁴⁴⁴ Shenzhen Regulation, Art.15.

⁴⁴⁵ *ibid.*, Art.6.

⁴⁴⁶ Xinjiang Regulation, Art.7.

⁴⁴⁷ e.g. the Municipal Transportation Commission is in charge of the transport industry. Similar sectoral authorities in Beijing are the Municipal Water Authority, the Municipal Administration Commission, etc.

⁴⁴⁸ Beijing Regulation, Art.6.

设施有关职能方面的主导性角色的同时，其在协调和监管特许经营项目方面赋予了北京市发展和改革委员会更多的角色。⁴⁴⁹

此外，北京市的条例为特许经营项目的政府职能的协调规定了具体的措施。其要求有关主管当局就项目实施方案（PIP）提供早期审查，并且出具审定意见。⁴⁵⁰这些有关当局对同一问题不应当作出再次的审查，一旦签订了特许经营协议并且特许经营权受让人正在同有关行政主管部门处办理最后的有关手续时。条例进一步要求这一阶段对其他问题的审查不可以导致特许经营协议的任何实质性变更。⁴⁵¹这是一项经特别设计的协调政府不同内部职能和尊重政府承诺的措施，这将有助于鼓励为特许经营项目制定一份经充分准备的PIP和加速项目的实施进程。

特许经营项目的其他的重要职能涉及到价格管制。虽然这是一个在先前的中国价格法上解决的问题，最近的条例仍然维持了当局对价格管制的现状。但是，值得观察的是，新建立的监管机构将如何同与分散在其他政府部门的旧的价格规制机构（大多是发展和改革委员会）之间进行协调。

3.5 选择程序

3.5.1 预选择阶段和准备期

3.5.1.1 一项特许经营项目的确定

是否通过一项特许经营项目的手段来提供基础设施或者服务的最初决定涉及到了公共政策的重要领域。对是否应当使用一项特许经营的考虑，包括了对是否应当通过公共财政或者私人融资来提供该项目，以及，如果是后者，应采取什么类型的私人融资，是否通过国有企业或者私人企业来提供。决定是否通过特许经营项目的方式来开展时，首先可能涉及到的是回顾所有的可以选择的政策选择，可能通过成本-利益分析和项目的灵活性分析进行支持，这些都是在当局通过之前建议一个政府项目时传统性的要求。此外，确定一项特许经营项目可能不仅仅只是一个经济的和技术的分析，更是一个政治的和社会的分析，并因此可能涉及公共参与和透明度要求的问题，这是项目可持续性的重要方面。

至于目前所讨论的条例，深圳市的条例没有就此重要问题作出任何规定。新疆省的条例规定了一个一般原则，要求基于“坚持合理布局，有效配置公共资源”⁴⁵²来确定一项特许经营项目，并且进一步要求在决定作出之前举行公开听证或者其他公众参与的方式。⁴⁵³

⁴⁴⁹ See C. Fuguo, “The Emerging Legal Framework in Private Finance in Infrastructure in China: a Review of the Beijing Concession Regulation” (2006) 15 P.P.L.R.

⁴⁵⁰ Beijing Regulation, Art.10.

⁴⁵¹ *ibid.*, Art.18.

⁴⁵² Art.4.

⁴⁵³ Art.10.

北京市的条例规定了指导建议和确定一项特许经营项目的详细程序。尽管BMDRC和部门主管当局可以建议一项特许经营项目⁴⁵⁴，但是一般而言由BMDRC作出是否使用特许经营方式的决定，有少部分重要项目需要经过市政府的进一步同意。⁴⁵⁵该条例同样也规定了对确定特许经营项目的一般性原则，符合城市的规划和发展的需求。可以观察到，规制者注意到了所有的项目建议书都是由政府独自发起的，并且试图在条例中解决未经过招标而提供要约的问题，但是没有被接受。⁴⁵⁶在项目确定过程中与公众舆论和公共参与有关的程序同样也被忽略了。

3.5.1.2 项目实施方案

在确定一项特许经营项目之后，采购当局应当准备一份项目实施方案(PIP)，⁴⁵⁷方案当中列出了基本的授予程序⁴⁵⁸以及规定了特许经营协议的主旨。⁴⁵⁹在正式的程序启动之前这是最重要的准备工作。某些条例中规定了解决PIP内容及其审查和批准的具体条款。例如，北京市和深圳市的条例中都包含了细化的PIP的必要内容的条款。⁴⁶⁰北京市的条例同样也包含了细化有关当局权利和对PIP进行审查和批准的程序。北京市和新疆省的条例要求获得市政府的批准。⁴⁶¹深圳市的条例进一步要求举行关于PIP中包含的有关问题的公开听证，⁴⁶²新疆省的条例中要求在批准PIP之前，通过公开听证或者其他公开程序听取公众舆论。⁴⁶³在北京市条例的草案中最初规定了相似的条款，当BMDRC认为必要时，要求公开咨询。尽管该条文不幸地被放弃了，但是替代性的包含了对重大的PIPs由专家进行客观的可行性论证的要求。⁴⁶⁴

尽管北京市的条例并没有进一步的规定这种审查和论证的时间进度和阶段——其可以在采购当局向BMDRC递交PIP进行内部审查之前的早期

⁴⁵⁴ Beijing Regulation, Art.7.

⁴⁵⁵ *ibid.*, Art.8.

⁴⁵⁶ For a discussion on the appropriate policy for unsolicited offers, see UNCITRAL Guide, Ch.3, at paras 97–117. The issue of transparency in dealing with an unsolicited offer is an important aspect of the evaluation on concession regulations in East European countries. See European Bank For Reconstruction and Development Office of the General Counsel, Report on the Quality of Concession Legislation in Early Transition Countries, June 2005 at www.ebrd.com/country/sector/law/index.htm

⁴⁵⁷ Art 9 of Beijing Regulation, Art.9, Shenzhen Regulation, Art.14, Xinjiang Regulation, Art.9.

⁴⁵⁸ e.g. Art.9 of the Beijing Regulation similar requirement is found in Art.14 of the Shenzhen Regulation.

⁴⁵⁹ e.g. Art.13 of Beijing Regulation.

⁴⁶⁰ Beijing Regulation, Art.9 and Shenzhen Regulation, Art.14.

⁴⁶¹ Beijing Regulation, Art.10, and Xinjiang Regulation, Art.9.

⁴⁶² Shenzhen Regulation, Art.14.

⁴⁶³ Xinjiang Regulation, Art.10.

⁴⁶⁴ Beijing Regulation, Art.10.

就论证，也可以在BMDRC向市政府递交PIP进行批准之前的稍晚些的阶段进行论证，或者在这两个阶段都开展论证。

3.5.1.3 特许经营的类型以及特许经营权的范围

北京市的条例和深圳市的条例都允许类似于BOT、TOT⁴⁶⁵的特许经营的安排，或者委托特许经营权受让人提供特定公共服务的安排。⁴⁶⁶

在新疆省的条例中特许经营权可以是投资、建设和运营一项设施的完全权利的形式，或者运营权这一单一权利的形式，⁴⁶⁷这意味着在新疆省的条例中的特许经营安排的形式是与北京市条例中规定的相似。值得注意的是，也可以利用其他形式的特许经营安排，如果其进一步获得了政府规定（北京市的条例）或者法律和法规的授权。

有一个条例规定，在同一行业应当授予两项或者多项特许经营权，因为行业或地域条件的限制而不具有可行性的除外。⁴⁶⁸仍然有一个条例禁止向私人运营者转让公共所有权，除了城市供水、供气供热的源头设施、设备和中小运量的公共交通工具外。⁴⁶⁹这是限制特许经营权和控制当地以低价出售公共设施给私人运营者以缓解政府的财政负担的活动。

3.5.2 选择特许经营者的程序

一项特许经营权项目的成功交付依靠于是否选择了适当的特许经营者。因此选择程序是特许经营条例的核心所在，并且国际组织都更倾向于竞争性选择程序。⁴⁷⁰竞争性程序不仅仅帮助采购当局和基础设施的一般的公共使用者实现物有所值，也有利于防止腐败。所有中国的条例中都确立了对公平和竞争性选择程序的需求为原则以及某些情形中倾向于公开招标程序。⁴⁷¹但是，由于有限的规制经验和其他原因，关于选择程序的许多规制问题仍然需要进一步解决。⁴⁷²

⁴⁶⁵ Shenzhen Regulation, Art.12 and Beijing Regulation, Art.4.

⁴⁶⁶ Shenzhen Regulation, Art.12 and the old Beijing Government Provision, Art.3.

⁴⁶⁷ Xinjiang Regulation, Art.13.

⁴⁶⁸ Shenzhen Regulation, Art.11.

⁴⁶⁹ Xinjiang Regulation, Art.25.

⁴⁷⁰ For example, UNIDO, Guidelines for Infrastructure Development through Build-Operate-Transfer (BOT) Project, at p.96. International Bank for Reconstruction and Development, Procurement under IBRD and IDA Loans, 1996, at para.3.13(a). UNCITRAL Legislative Guide on PFIP, UNCITRAL Official Records, Fifty-fourth Session, Supplement No.17, at para.98.

⁴⁷¹ Shenzhen Regulation, Art.8.

⁴⁷² See the following discussion in section 4.3.

立法者悬而未决的一个立法问题是在新的条例中将包括什么类型的授予程序，以及在具体情形下如何适用这些程序，这问题看似简单但是事实上对所有的立法者而言都是一个十分复杂的问题。

新疆的立法者将这一问题简单化，并且在条例中规定“招标投标等公平方式”来选择特许经营者。⁴⁷³在深圳市的条例中已经实质性的变更了旧的政府规定中对于特许经营授予程序的立法设计政策。在旧的政府规定中包含了三类授予程序：招标投标，拍卖和“招募”⁴⁷⁴——从条件上来看是一个邀请而本质上是谈判程序，每一个程序在适用时具有同等地位，而新的条例则更为倾向于适用“像招标和拍卖这种公平的、竞争的程序”，除了实践中不可行的情形以外，在这种情形下可能适用公开招募、谈判程序。⁴⁷⁵第二个变化是，“招募”，谈判程序在透明度和可论证的竞争性方面得到了实质性的改善。首先，对招募程序的适用应当证明其正当性的要求；其次，招募方式所遵循的条件和程序应当事先制定和公布；第三，每一个案件中都必须设置专门的评估委员会，以确保在选择参与最后谈判的首选候选人时某种程度的客观性。

在北京的条例中早期的政府规定，要求在选择特许经营者时适用招标投标程序，除了在限制性情形下可以直接委托负有义务的SOEs以外。在新的立法过程中，在工作组成员之间形成了共识，适用招标投标程序的要求太严格了。

因此，设计更为具有灵活性程序的考量反映了规制者的需求以及商业现实。关于这方面考虑到了两个重要的选择。一个是在《UNCITRAL指南》⁴⁷⁶中建议的授予程序，另一个是在深圳市政府规定中创造的招募程序。在工作组向市政府汇报的建议书草案中，建议适用“公开招募 (public solicitation)”，一种改善的深圳版本的“招募 (solicitation)”，带有一定增强的透明度要求，这些都可以在深圳市的条例中见到。但是，对于决策者之间授予程序有两种不同的观点：一种倾向于维持在旧的政府规定中的招标投标程序的地位，另一种主要在条例中有更多的灵活性。最终的版本反映了一种妥协，要求采购当局在选择特许经营者时适用“招标投标程序和其

⁴⁷³ Xinjiang Regulation, Art.10.

⁴⁷⁴ The term of “zhao mu” is literally used in the Chinese context in personnel management practice as the “recruitment” of talent or in fund management practice as “solicitation” for funds. The invention of this legal term in the earlier government provision is supposed to be a combination of limited tendering and the idea of private solicitation for funds (with little public disclosure of information), which is presumably a negotiation procedure with little transparency and competition. During the legislative process in the Municipal Congress, there was a loud voice to improve the transparency and competition of this procedure and the procedure was substantially improved in the new Regulation.

⁴⁷⁵ Shenzhen Regulation, Art.8.

⁴⁷⁶ UNCITRAL Legislative Guide on PFI Project, Pt III, selection of concessionaire and the Model Provisions accompanied therein, Arts 10–19.

他形式的公平、竞争程序”。⁴⁷⁷值得注意的是，直接采购或者委托的方式被受欢迎的放弃了，这象征着立法者可能不希望在授予特许经营时，给予有关SOEs任何特殊待遇。

3.6 特许经营协议的法律框架以及权利和义务的构成

特许经营协议是一个法律工具，通过协议来界定公共和私人的关系及平衡权利和义务。在特许经营法律缺失的情形下，通过合同规制的方式被普遍用来保护特许经营者的利益以及保护公共利益。尽管特许经营法具备普遍性，但是许多条例的任务同样也是通过特许经营协议来维持的。尽管特许经营协议的内容依赖于所涉各国的各自情况，该协议的普遍目标在于实现所涉参与者之间的利益的平衡。

3.6.1 权利和义务的平衡和构成

条例和特许经营协议的法律框架都是为了实现参与各方之间的利益而构建的。条例一般而言在前言中规定了基本权利和义务，而通过条例的规定具体的遵循这些基本权利和义务。

3.6.1.1 特许经营者的权利

特许经营者的一项基本权利是，依据特许经营的范围投资、建造和运营基础设施设备和向普通公众提供相关服务。通过行使这些权利特许经营者同样享有向服务的使用者收取费用的权利，以作为弥补其提供公共服务的成本的方式之一。其同样有权利获得政府补贴以及其他由政府允诺的相关利益，这依赖于协议的实质。此外，其还有权利获得赔偿，当政府政策变更或者政府违约时。在受到不公平待遇时，也有权利诉诸于正式的救济程序。

3.6.1.2 特许经营者的主要义务

条例一般为特许经营者施加了某些基本义务，这些义务对于保护公共利益而言十分重要。

3.6.1.2.1 有效地提供基本的公共服务的义务

协议之下特许经营者承担的一项基本的义务是提供安全的高质量的产品或服务，并且是高效地提供。⁴⁷⁸

⁴⁷⁷ Beijing Regulation, Art.11.

为了实现这一义务，特许经营者必须同样在特许经营协议界定的范围内，给消费者提供普遍性的和非歧视的服务。⁴⁷⁹当新的使用者要求接入供水、气或者热的或者处理污水的基础设施设备时，运营该设备的特许经营者或许不能够向该新的使用者收接入费。⁴⁸⁰特许经营者同样承担了以不间断地方式提供服务的义务。即使是基于政府的决定或者协议中条款的规定而发生兼并的情形下，正常地维护基础设施设备和正常服务的义务并没有解除，直到兼并结束为止。⁴⁸¹同时，与提供不间断的服务的义务有关，特许经营者必须持有应急预案，在自然灾害、战争、意外事件和公共卫生和安全等公共事件的情形下，确保基础设施的最大可能的正常运转。⁴⁸²特许经营者同样负有不滥用其特许经营权侵犯消费者合法权利的义务。⁴⁸³

3.6.1.2.2 支付特许经营费和执行政府定价的义务

特许经营者同样负有向采购当局支付特许经营费的义务，当其被授予特许经营权时，依赖于具体的情形或者行业这项义务可能会被免除。⁴⁸⁴其同样也负有以政府通过公开程序确定的价格收取使用费的义务。⁴⁸⁵

3.6.1.2.3 维护公共设施的义务

与提供基础设施服务有关的另一项义务是良好地维护基础设施。为了实现这一义务，特许经营者必须承担常规检查、维修和更新基础设施的义务，并且必须确保设施的良好运营和向采购当局报告其运营状况。⁴⁸⁶

特许经营者同样承担了在没有采购当局事先同意的情形下不处置该特许经营或者相关资产的义务，无论是否该项处置是以委托、出租、质押或任何其他的方式。⁴⁸⁷此外，在项目的目的之外，特许经营者可能不允许使用特许经营项目设施或者相关土地。⁴⁸⁸

3.6.1.2.4 接受监督和披露信息的义务

⁴⁷⁸ Beijing Regulation, Art.19; Xinjiang Regulation, Art.5; Shenzhen Regulation, Art.4.

⁴⁷⁹ Beijing Regulation, Art.20; Xinjiang Regulation, Arts 5 and 21; Shenzhen Regulation, Art.34.

⁴⁸⁰ Beijing Regulation, Art.20; Xinjiang Regulation, Art.26; Shenzhen Regulation, Art.29.

⁴⁸¹ Beijing Regulation, Art.21; Shenzhen Regulation, Art.36.

⁴⁸² Beijing Regulation, Art.34.

⁴⁸³ Shenzhen Regulation, Art.27.

⁴⁸⁴ Xinjiang Regulation, Art.22; Shenzhen Regulation, Art.20.

⁴⁸⁵ Xinjiang Regulation, Art.20, and Shenzhen Regulation, Art.38.

⁴⁸⁶ Beijing Regulation, Art.26; Xinjiang Regulation, Art.23 and Shenzhen Regulation, Art.32.

⁴⁸⁷ Beijing Regulation, Art.25.

⁴⁸⁸ Art.25 of Beijing Regulation, Art.25 of Xinjiang Regulation, Arts 24 and 28 of Shenzhen Regulation.

第四项义务是接受主管当局的监督的义务以及承担披露有关服务或产品，或者基础设施设备及其运营的信息的义务。⁴⁸⁹这对于政府监管特许经营活动的操作尤其重要。为了履行这一义务，特许经营者不仅仅负有向采购当局报告有关常规检查及维修和更新改造基础设施信息的义务，同样将年度经营报告、年度财务报告以及其他重大事项的报告以及时、完整的方式向采购当局备案，⁴⁹⁰这将包括企业名称、地址的变更和高级管理层的变更。⁴⁹¹此外，特许经营者同样有义务对城市基础设施建设、运营、维修、保养过程中的有关资料进行收集、归类、整理和归档，并按照协议约定方式、程序和期限完整移交给采购当局。⁴⁹²特许经营者还有义务公告同公共利益和安全有关的信息，例如服务质量和技术标准，⁴⁹³以及其之前的财务审计报告。⁴⁹⁴为了确保日常监督，有一个条例要求特许经营者改善其IT管理系统并且与监管部门联网。⁴⁹⁵

3.6.1.3 政府的主要义务

北京市的条例一般性地规定了，采购当局应当依据特许经营协议履行其义务，并且其他的有关当局应当在其职责范围内履行特许经营协议中的相关政府承诺。⁴⁹⁶因此，特许经营安排中政府的义务依赖于特许经营协议中的具体规定。

尽管北京市的条例中确实规定了某些重要的政府义务以保护投资者的利益。例如，作为一般原则，新疆省的条例规定采购当局必须负有坚持一般性原则的义务，即在授予特许经营时遵循公开、公平、公正和公共利益优先的原则，并且同时要保障特许经营者的合法权利。⁴⁹⁷政府不得擅自撤销或者限制特许经营协议中规定的特许经营权，除非存在着基于公共利益的合法理由，在这种情况下应当提供赔偿。⁴⁹⁸此外，采购当局，包括其工作人员，同样也对在项目的运营和监管过程中知悉的特许经营者的商业秘密负有保密义务。⁴⁹⁹

这些条例同样确认了政府补偿由政府行为引起的损失的义务，例如政府因公共利益的需要⁵⁰⁰和政策的变更⁵⁰¹而撤销特许经营、终止特许经营协

⁴⁸⁹ Shenzhen Regulation, Art.23.

⁴⁹⁰ Beijing Regulation, Arts 26 and 28, and Shenzhen Regulation, Art.32.

⁴⁹¹ Beijing Regulation, Art.28, and Shenzhen Regulation, Art.25.

⁴⁹² Beijing Regulation, Art.27.

⁴⁹³ *ibid.*, Art.39.

⁴⁹⁴ Shenzhen Regulation, Art.26.

⁴⁹⁵ *ibid.*, Art.33.

⁴⁹⁶ Beijing Regulation, Art.19.

⁴⁹⁷ Xinjiang Regulation, Art.4.

⁴⁹⁸ Beijing Regulation, Art.32, and Xinjiang Regulation, Art.27.

⁴⁹⁹ Beijing Regulation, Art.29.

⁵⁰⁰ Beijing Regulation, Art.32, and Xinjiang Regulation, Art.33.

⁵⁰¹ Beijing Regulation, Art.30.

议、征用实施特许经营的城市基础设施。如果使用者所缴纳费用的水平是由政府所定，那么特许经营者可以要求赔偿，当报酬不能够涵盖其特许经营正常运营期间的投资时。但是赔偿的条件和方式及其计算的基础应当在特许经营协议中达成一致。⁵⁰²

在监管当局实施其监督和评估行为时，同样承担了不妨碍特许经营者正常经营活动的义务。⁵⁰³此外，在深圳市的条例中，监管当局还负有制定应急预案的义务，以确保在条例规定的非常规情况出现时，公共货物和服务供应的稳定性和连续性。⁵⁰⁴

3.6.2 特许经营的期限和延展

由特许经营协议规定特许经营的经营期限，根据行业特点、经营规模、经营方式即其他有关因素，但是任何情况下不得超过30年。⁵⁰⁵尽管如此，特许经营者可以依据市政府的评估和批准而请求延长特许经营的期限。⁵⁰⁶

3.7 规制制度

3.7.1 规制者及其职责

3.7.1.1 规制者

关于规制制度的一个重要的问题是是否建立一个独立的规制机构，综合性的或者是具体部门的，独立于采购当局的，来监管整个特许经营的过程。在这些早期的中国条例中，似乎很难在这两类当局之间维持权衡。例如，在新疆省的条例中，采购和规制职能都由同一个政府当局所拥有。⁵⁰⁷

显然深圳市的条例通过配置采购职能给市政府，将规制职能配置给各公用事业的主管部门，来实现了两类当局之间的某种区别。⁵⁰⁸

在北京市条例的情形下，在跨政府部门的工作组中最初认为不是采购当局的BMDRC应当扮演规制者的主要角色。但是似乎对于这种努力的实现需要更多的共识。因此，该条例维持了行政组织的结构作为监管机制的现状，其规定相关的行政主管部门应当在其职责范围内对特许经营实施检查、评估和审计。⁵⁰⁹其进一步要求采购当局建立并保存特许经营项目的档案，实施及时监测和分析项目的实施情况，并且定期（一年或者两年）评

⁵⁰² Xinjiang Regulation, Art.24.

⁵⁰³ Beijing Regulation, Art.36, and Shenzhen Regulation, Art.52.

⁵⁰⁴ Shenzhen Regulation, Art.50.

⁵⁰⁵ Beijing Regulation, Art.13.

⁵⁰⁶ Beijing Regulation, Art.22.

⁵⁰⁷ Xinjiang Regulation, Art.7.

⁵⁰⁸ Shenzhen Regulation, Art.6.

⁵⁰⁹ Beijing Regulation, Art.35.

估项目的实施情况。⁵¹⁰这可能意味着特许经营实施的主要的规制机制是通过采购当局实施的合同的规制。但是，BMDRC可能仍然在特许经营项目中扮演了重要的规制者的角色。有部分原因是出于其在价格规制方面的传统角色，部分原因是出于在该条例最终通过之前，更多的“监管”职能被增加给了关于特许经营期间的行政协调的条文。⁵¹¹这一职能可以被广泛地解释为，监管整个特许经营过程，包括确定特许经营项目、授予程序和实施期间，但是也可以被狭义地解释为，仅仅只是承认其在价格监管方面的传统角色。

3.7.1.2 规制者的责任

这些条例似乎向公用事业或者行业主管当局配置了规制职权。但是这一观察是容易令人误解的，因为许多规制职能，例如价格和环境职能，都是同其他当局一起行使。这将表现为最好的实践，因此，为了明确新成立的规制者的职责，避免混淆和不连贯性。深圳市的条例在这方面已经规定了规制者理应履行的某些典型职能，即⁵¹²：

- (1) 组织制定公共产品和服务质量标准；监督检查经营者提供的公共产品和服务质量；
- (2) 监督经营者履行授权书和特许经营协议规定的义务；
- (3) 受理公众对经营者的投诉；
- (4) 对经营者的五年及年度经营计划提出意见和建议，并监督实施；
- (5) 审查经营者的年度报告；
- (6) 向市政府提交对经营者的年度监督检查报告；
- (7) 紧急情况时组织临时接管公用事业经营；
- (8) 协助价格主管部门制定价格方案；
- (9) 法律、法规规定的其他职责。

3.7.2 价格规制

中国的公用事业产品和服务的价格一般是由《中国价格法》（Chinese Price Law, CPL）进行规制。其规定，政府可以为公用事业产品和服务制定必要的固定价格或者提供指导，当产品或服务对于国民经济的发展以及人民生活而言十分重要时，或者当产品或服务的供应是依据垄断时。这些条例进一步规定了，在《中国价格法》的框架内，关于价格规制者的问题、政府定价、政府定价的原则以及价格信息、价格周期性审查制度和价格听证制度。

⁵¹⁰ Ibid., Art. 36.

⁵¹¹ Beijing Regulation, Art.6.

⁵¹² Shenzhen Regulation, Art.49.

3.7.2.1 价格的规制者

这些条例确认了现行的由《中国价格法》规制的价格体系，其还规定了价格形成、调整和监管的主管当局和程序。同时认同现行价格规制框架，这些条例同样也要求监管当局来支持价格主管当局来检验和监管实施的成本，以及为市政府的批准制作价格方案。⁵¹³

3.7.2.2 由政府定价

这些条例重申了运营者以政府制定的比率或者遵循政府的指导而收取使用费的义务，当交付产品或服务给公众时。⁵¹⁴

3.7.2.3 制定价格和形成价格的原则

这些条例同样规定了定价或者形成指导价的主要原则——对成本、合理收益、节约资源以及社会承受力相适应的混合的补偿。⁵¹⁵

3.7.2.3.1 成本补偿的原则

这是这些条例中的一个基本要求，价格的形成必须以补偿提供公共产品和服务的成本的原则为基础。⁵¹⁶通过成本补偿原则，实施成本应当基于社会成本的平均值，并且这些成本与特许经营产品和服务无关的费用不具相关性。⁵¹⁷这同样要求价格监管者应当委托有资格的审计机构对经营成本进行审计并且调查社会平均成本，⁵¹⁸以及在价格调整方案通过之前举行公开听证。⁵¹⁹

3.7.2.3.2 合理利润原则

在运营者的利润水平方面有一般性的规定，合理利润原则，⁵²⁰这意味着在公共服务提供中的超额利润是不合法的。但是确定什么是合理利润不是件容易的工作，并且在这一领域还需要进一步的指导。

⁵¹³ Xinjiang Regulation, Art.17 and Shenzhen Regulation, Art.39.

⁵¹⁴ Beijing Regulation, Art.23.

⁵¹⁵ Beijing Regulation, Art.37; Xinjiang Regulation, Art.17; and Shenzhen Regulation, Art.40.

⁵¹⁶ Shenzhen Regulation, Art.14, and Xinjiang Regulation, Art.18.

⁵¹⁷ Xinjiang Regulation, Art.18, and Beijing Regulation, Art.37.

⁵¹⁸ Shenzhen Regulation, Art.42.

⁵¹⁹ Shenzhen Regulation, Art.45.

⁵²⁰ Xinjiang Regulation, Art.17; Beijing Regulation, Art.37; Shenzhen Regulation, Art.40.

3.7.2.3.3 与社会承受能力相适应的原则

一项价格政策同样需要考虑到社会因素。某些条例要求价格主管当局在制定新的价格时，实施一项“社会承受能力”的调查并且举办公开听证。⁵²¹政府也许同样希望引导经营者向弱势群体提供产品和服务。在这种情形下，这一要求必须在招标文件和特许经营协议中细化，并且当经营者由于遵守该社会政策而遭受损失时，有权向政府要求赔偿。⁵²²

此外，在深圳市的条例中同样要求经营者维持价格在相关的稳定水平并且政府可以为了价格规制的目的而设立价格调整准备金。⁵²³

3.7.2.3.4 节约资源的原则

在北京市的条例中规定了这一原则，并且其要求价格规制者在其价格政策中考虑到环境因素。在北京市的情形下尤为突出，北京是一个水和其他资源都十分紧缺的城市，并且价格的确定一般而言会结合环境因素进行考量。

3.7.2.4 价格审查和公开听证制度

北京市的条例要求价格主管当局建立一个成本资料数据库和定期的价格审查制度以对特许经营者提供的服务或货物的价格进行有效的监督管理。⁵²⁴在其他的条例中也能够发现相似的要求。⁵²⁵

3.7.3 规制工具

3.7.3.1 强制的信息公开和评估

信息为有效的规制提供了基本工具。北京市的条例规定了特许经营者向所有的政府当局⁵²⁶和公众⁵²⁷公开信息的义务。此外，某些制度同样依赖于规制者的审查和评估机制来确保有效规制。例如，在北京市的条例中要求采购当局保留特许经营项目的档案作为监管的基础，并且其应当及时监控和分析特许经营项目的实施情况并且定期对特许经营项目进行综合审查和评估。⁵²⁸该条例同样规定了确保项目合理实施的有效工具。⁵²⁹可以观

⁵²¹ Shenzhen Regulation, Art.45.

⁵²² Xinjiang Regulation, Art.21.

⁵²³ Shenzhen Regulation, Art.48.

⁵²⁴ Beijing Regulation, Art.38.

⁵²⁵ Xinjiang Regulation, Art.19, and Shenzhen Regulation, Art.42.

⁵²⁶ Beijing Regulation, Arts 26, 27 and 28.

⁵²⁷ *ibid.*, Art.39.

⁵²⁸ *ibid.*, Art.36.

⁵²⁹ Xinjiang Regulation, Art.29.

察到，深圳市的条例主要依赖于信息公开，新疆省的条例主要依赖于评估，北京市的条例对这两者手段都加以利用以确保有效规制。此外，考虑到规制职能的重要性，同样值得考虑对规制制度本身进行定期评估，以确保政府及时改善其制度以实现规制的目标。在北京市条例的制定过程中，对包含这一要求进行了一项尝试，但是失败了；似乎规制者不喜欢这一建议。

3.7.3.2 强制性的行政执行措施

其他的规制手段由强制性的行政执行措施组成，这些针对的是运营者和规制者自身。

3.7.3.2.1 行政惩罚

这一行政机制涉及到运营者，能够在深圳市的条例中找到例子，包括责令限期改正以及撤销特许经营权。能够引起这些行政强制措施的行为包括，通过不恰当的方式获取特许经营权以及严重违约和违法行为。⁵³⁰

3.7.3.2.2 采购当局和规制者的规制

新疆省的条例规定了对采购当局和规制者可以采取的规制措施的手段，作为强制性的行政执行措施。⁵³¹能够导致这些行政措施的行为包括，但是不限于：

- a) 对符合法定条件的申请人不予受理特许经营申请，或者不依法办理延长特许经营权申请手续的；
- b) 不依法履行公告、公示、备案、核实补偿请求、办理延期申请等法定义务的；
- c) 不依法采用招标投标等方式选择特许经营者，或者在招标投标等活动中弄虚作假的；
- d) 不依法对特许经营者履行协议情况进行监督，或者不组织对特许经营状况进行评估的；
- e) 不接受监督委员会的监督、质询，不听取监督委员会提出的意见、建议，造成重大质量、安全生产责任事故或者重大损失的；
- f) 违法撤销特许经营权、办理注销特许经营权手续，终止特许经营协议的；

⁵³⁰ Shenzhen Regulation, Art.55.

⁵³¹ Xinjiang Regulation, Art.39.

3.7.3.3 公共参与的规制

作为公共产品和服务的消费者，一般公众是特许经营项目中的重要利害关系人。此外，任何情况下特许经营规制的最终目标是尽最大可能的扩大公共产品和服务的消费者的福利。因此，一般公众应当被给予参与特许经营项目决策的权利并且在特许经营规制中扮演重要的角色。某些中国的特许经营条例已经实现了鼓励公众参与重要特许经营决定和规制的发展，尽管这一发展在某些条例中并没有成功。

例如，在北京市的条例中早期的草案认识到了公众参与特许经营过程的重要性，例如在确定一项特许经营项目，通过公开每年项目实施的评估结果，以及建立合适的机制来促进公众参与。但是这些规定都不幸的被放弃了并且最终的条例中仅规定了特许经营者负有公开涉及公共利益和安全信息的义务。⁵³²

与北京市的条例相比，许多在北京市的条例的制定过程中被提议过的公众参与的观点在新疆省和深圳市的条例中实现了。

首先，这些条例确认了公共服务使用者的基本权利，⁵³³通过《中国消费者权益保障法》来授予消费者的权利。这些包括了知情权、评论和建议权、有权对损害自己合法权益的行为进行举报和投诉。

第二，这些条例建立了新的机制来确保在特许经营规制和重要决定中的有效的公众角色。有两个条例中要求建立一个在规制中促进公众参与的机制⁵³⁴，分别是：新疆省的条例中规定的特许经营监督委员会（SCC）⁵³⁵和深圳市的条例中规定的公众监督委员会（PSCU）⁵³⁶。这些委员会被委任了对特许经营活动进行监管的法律职能，代表一般公众，并且对委员会的构成提出了要求，至少四分之三的成员应当是有由非政府部门的专家和普通公众的代表。

委员会可以通过公开听证、座谈会、问卷调查等方式收集公众的意见，对涉及公共利益的重要的特许经营决定提出立法、监管等意见和建议。

采购当局，其他有关当局以及特许经营者有义务听取委员会所提交的意见和建议，并且不接受这些建议的必须说明理由和记录下来。反对这些监督和建议可以导致行政处分或者甚至是刑事责任，当这种反对导致严重事故时。⁵³⁷

⁵³² Beijing Regulation, Art.39.

⁵³³ Xinjiang Regulation, Art.8, and Shenzhen Regulation, Art.5.

⁵³⁴ *ibid.*

⁵³⁵ Xinjiang Regulation, Art.30.

⁵³⁶ Shenzhen Regulation, Art.51.

⁵³⁷ Xinjiang Regulation, Art.39.

在深圳市的条例中，对经营者向委员会汇报其实施情况的年度报告提出了额外要求。⁵³⁸

第三，这些条例要求公众参与重要的特许经营决策。例如在新疆省的条例中要求通过公开听证或者其他公开形式的咨询，听取公众意见。⁵³⁹所有者条例都要求在定价决定做出之前举行公开听证。⁵⁴⁰普通公众的代表同样可以参与特许经营实施的评估。⁵⁴¹在深圳市的条例中，经营者有义务公布其经审计的财务状况。⁵⁴²

4.中国未来PFIP的新兴规制框架：当前的

像示范法这种规制的模式：对私人融资基础设施的采购进行规制反映了最近私人提供基础设施和公用事业服务的全球趋势。⁵⁴³但是，现行的条例能够为PFIP提供一种合适的法律框架吗？最近一份关于《在早期转型国家的特许经营立法质量》的报告也许能够代表普遍的看法：

“还远不能够认为已经存在着通过采纳次级法律水平的条例或者指令来规制个别的特许经营以此来采用个案的方法从而回避普遍的和透明的法律框架。然而这样的一种方式最终是政策问题，其具有某些方面的缺点，例如其缺乏稳定性、透明度和不统一适用于所有的参与者因此缺乏反潜在腐败的措施。除了发展进一步的法律和政策框架以外，所有的早期的转型国家需要建立一项巩固的制度性的基础设施，以能够设计和实施具体的PPP项目。”[翻译]。⁵⁴⁴

中国关于特许经营的法律已经明显地超出了个案规制的阶段，朝着更高层次和更全面的规制阶段发展。尽管每个条例都有不同的特色，本章所观察的几部条例整体上而言将有助于中国新兴的PFIPs法律框架的制定。

4.1 规制目标

4.1.1 利益平衡目标的实现

⁵³⁸ Shenzhen Regulation, Art.51.

⁵³⁹ Xinjiang Regulation, Art.10.

⁵⁴⁰ Xinjiang Regulation, Art.19, and Shenzhen Regulation, Art.45.

⁵⁴¹ Xinjiang Regulation, Art.29.

⁵⁴² Shenzhen Regulation, Art.51.

⁵⁴³ A brief discussion is provided on the evolution of the role of public and private sector in developing infrastructure in history. See UNCITRAL Guide, A. Introduction and Background information on PFIP.

⁵⁴⁴ European Bank for Reconstruction and Development Office of The General Counsel, Report on the Quality of Concession Legislation in Early Transition Countries, June 2005 at www.ebrd.com/country/sector/law/index.htm

如上所述，目前条例中确立的规制目标之一是平衡各种利益。但是，这一目标的实现受到许多限制。没有合适的政治和政策环境以及改进的采购技术，政府选择负责任的特许经营者的目的将会受挫，并且该政府可能会被私人部门的机会主义所利用，并且渴望超额利润，这在中国的背景下不难观察到。而法律安排对于私人经营者而言可能并不公平。一项报告已经提供了适当的观察：

*“一件相反的及罕见的案件（很难作为标志性案件），一个项目具有适当的经济基础但是却在一份坏的PPP协议下实施[增加了重点]。在这一案件中，PPP不能实现这些目标的概率很高：要么其不能够为了社会而放弃物有所值，因为私人部门从该项目中获取超额利润；要么对私人投资者而言太不公平（即使有限的利害关系人可能获取了潜在的利益），尽管看上去对公共部门很具吸引力，其最终会产生巨大的成本，直接不履行责任，重新谈判——以及对未来PPP业务的间接的消极的影响。这类型的一个或者两个案例通常足够引起市民和投资者对PPPs的怀疑。”*⁵⁴⁵

不同利益的平衡通常反映在特许经营协议中，尽管事实上这一平衡及其确定性很大程度上取决于选择性程序和合同谈判。上述评论揭示了合理的采购机制的重要性，有益于特许经营协议内不同利益之间恰当的平衡，没有良好的机制公私伙伴关系将容易破裂并且PPP模型的目标也将受挫。

4.1.2 自由市场经济的目标：确定PFIP和SOEs

如上所述，在立法时一个备受争议的目标是基础设施的自由市场经济目标。某些条例将其作为一个规制目标而确立，而有些则没有。但是，该目标的实现同样受限于其他的基础设施政策，尤其是那些关于在基础设施或者公用事业部门运营的国有企业（SOEs）。

现行条例的一个显著特征在于其仅仅在通过特许经营提供基础设施项目时适用。因此，从一个极端的角度来看，如果政府并不选择利用特许经营的方式来提供基础设施服务那么这些条例将根本不会适用。传统的政府同样雇用SOEs来提供公共服务。这可以观察到，这是在中国目前在基础设施和公用事业部门提供公共服务的主要模型，并且这一模型似乎在城市基础设施部门中被广泛地扩张。⁵⁴⁶此处引发许多与确定特许经营有关的政

⁵⁴⁵ P. Boeuf, “Public-Private Partnerships For Transport Infrastructure Projects”, European Investment Bank, presented at seminar of “Transport Infrastructure Development For A Wider Europe”, Paris, November 27–28, 2003.

⁵⁴⁶ The National Development Bank, followed by other commercial banks, has been promoting a business of “bundling credit loan” to a municipal government. As part of the arrangement, the municipal government is generally required to set up a SOE to serve as the municipal government’s platform for finance and investment. The municipal government then delegates the development of the government owned land property to the SOE and the SOE borrow loans from the Bank under the framework of

策问题。首先，SOEs是政府手臂的延伸还是类似于私人部门的公共服务的提供者。

答案也许涉及到不同的政策性问题。尽管其是政府手臂的延伸以及当局的政策工具，有关的政策问题是SOEs的治理改革；尽管其是像私人部门那样的服务的提供者，该问题类似于政府雇用一个人部门的特许经营者。可以观察到，在基础设施和公用事业的许多SOEs事实上都是依据商业路线而运营的，并且其对基础设施项目的投资大多数是来自于商业银行的贷款，这使得项目自身是一个私人融资的基础设施项目。通过SOEs提供PFIP可能存在争议地留给了政府更多的控制手段，例如，通过管理层的任免。但是不确定的是，在没有适当的市场压力之下，其能够交付合格的服务和最物有所值。北京市五环路所涉及到的丑闻将为这一主张提供很好的支持。⁵⁴⁷

另外一个关于SOEs的政策性问题，该问题可能会挫伤特许经营条例的自由市场经济目标，SOEs可能在PFIP的投标过程中享受某些优先权。在特定特许经营项目中为所有的潜在投标者提供的参与范围的水平问题还并没有被作为一个规制问题而提出来。

4.2 确定PIP

当确定了一项特许经营项目时，PIP的准备和批准成为了一个重要的规制问题。但是可以观察到，一般而言政府不擅长处理PIP和其他采购问题。因此期待在政府部门之间的某些检查和协调，在这种情况下，北京市政府的条例可能是未来制定条例的一个典范。此外，在这一阶段允许公众参与可能有助于实现好的政策，在这种情形下新疆省的条例可能会在未来制定条例时被证实是一个好的参考。

4.3 授予程序：进一步的规制问题

还有许多规制问题没有解决，这些问题要么要求进一步的规制或者实施规则，要么对现行法律和条例进行有经验的法律解释。第一个问题涉及到《中国招标投标法》(CBL)的规制⁵⁴⁸。一方面，CBL主张该法适用于在中国

“bundling credit loan”. It could be observed that this practice has encouraged the establishment of more SOEs by local governments.

⁵⁴⁷ The Beijing 5th Ring Road was provided by a SOE controlled by the Municipal Government based on bank loans. However audit found that the cost for the construction of the road was excessively high and later investigation disclosed a number of corruption cases.

⁵⁴⁸ For a detailed discussion of the Chinese Bidding Law, see C. Fuguo, “China’s Government Procurement Reform: From Tendering Law to the Public Procurement Law” in *Public Procurement: The Continuing Revolution* (S. Arrowsmith and

的领土范围内所有的招标投标活动⁵⁴⁹；另一方面，尽管如此，CBL的严格要求可能不一定能够适当地满足复杂的特许经营项目采购的要求。解决这一问题的可能的选择包括，对《中国招标投标法》的适用范围做限制性的解释，修订CBL，以及在未来的国家层面的法律中为特许经营项目设计一个单独的招标程序。

第二，其他的规制问题涉及到“其他”公平的和竞争性的程序，在新疆省和北京市的条例中这些程序将被用来选择特许经营者。但是这两个条例中并没有就什么是“其他”程序以及这些程序适用的条件进行规定。这些重要的问题缺乏规制意味着为采购当局提供了许多裁量权。例如，观察到事实上是通过竞争性谈判程序来选择某些特许经营者的，尽管在北京市的条例中法律要求在PPP项目中适用招投标程序。⁵⁵⁰因此这些“其他授予程序”是未来规制和细化的一个重要领域。其他可能的选择是遵循《UNCITRAL示范法》⁵⁵¹中的建议而设计新的程序，《中国政府采购法》中规定的竞争性谈判或者单一来源采购，深圳市的条例中规定的公开招募，尽管最后一项选择自身也需要得到一进步的完善。另外一个选择是在PIP文件中将这些“其他”程序细化以满足法律对公平和竞争性的要求。

第三个问题是当涉及到主动非邀约投标书(unsolicited offer) 时的授予程序。

认识到实践中与非邀约投标书有关的好的政策，《UNCITRAL示范法》提供了详细的讨论和建议以及对制定法律国家的关于此问题的可能的立法选择。⁵⁵²《UNCITRAL示范法》中的这一讨论与中国十分具备相关性，事实上在中国许多基础设施或公用事业项目是基于来自私人部门的非邀约投标书而授予的。在关于北京市条例的讨论过程中，工作组考虑到了此问题，并且随后在草案中依据《UNCITRAL示范法》设计了该程序。但是这一问题似乎太过新颖了，以致不得不等到未来再颁布这样的规定。

总之，尽管事实上现行的条例已经为特许经营者的选择规定了竞争性程序，但是在未来仍然有许多领域需要规制，这使得这些法律的实施在一定程度上变得不可预料，并且可能会对特许经营的透明产生消极影响。弥补这一缺陷的方式之一是在PIP文件中制定详细的程序，并且检测这些细化的规定能否满足法律对公平和竞争性的要求（这可以通过公开听证或者不

M. Trybus eds., London: Kluwer Law International, 2003); J. Tian, “Public Procurement in China: The Way Forward” (2001) 10 P.P.L.R. 207; P. Wang, “China’s Evolving Legal Framework on Public Procurement” (2004) 13 P.P.L.R. 285.

⁵⁴⁹ Art.2.

⁵⁵⁰ Strong argument was made in the case that the project could not practically be implemented by following the formal procedure of tendering.

⁵⁵¹ UNCITRAL Legislative Guide on Private Finance in Infrastructure Project.

⁵⁵² Section E on unsolicited proposals of Pt III on the selection of concessionaire, UNCITRAL Legislative Guide on PFI Project. Articles 20–23 of the Model Provisions attached to the UNCITRAL Legislative Guide on PFI Project.

同于采购当局的政府其他部门)。但是，这是一种个案解决的方式，并且不确定采购当局将有足够的激励来采纳这一方案。另外一种方式是制定关于该问题的详细的软法或者硬法，因为不同政府部门之间的协调努力。但是这样一种努力将进一步挑战政府的协调能力。当然还存在着第三种方式，即在未来的立法中规制这些问题。

4.4 公共服务提供者

似乎在现行的条例中形成了一种共识，特许经营者提供基本服务的基础性义务，这将有利于实现PFIP的目标——增强公众对私人提供公共服务的信心以及消费者利益的最终目标。这些规定将为未来的立法提供模板。一个仍未解决的问题是，是否需要为公共服务的提供者成立一个新的法律实体。目前，所有的这些服务提供者都是依据《中国公司法》而组成的，并且采取了商业公司的形式。这种商业公司的商业目标与其提供公共服务的责任之间似乎存在着固有的利益冲突。新商业的本质以及在特许经营法上存在的许多新的任务似乎暗示着需要成立一个新型的具有提供公共服务特殊目的的公司，以协调固有的利益冲突。如果实现了这一目标，那么服务提供者自身的公司治理将同样被设计为有助于实现提供公共服务的特殊目的以及实现特许经营立法的目标。

4.5 规制制度

现行条例中另外一个还未解决的问题是，新的规制制度依赖于现行的行政组织结构以及规制职能并没有与采购当局相分离。这意味着目前的规制制度仅仅只是一个过渡性的安排，并且需要未来对目标规制制度有效性的评估和在未来的法律中重构规制职能。

在北京市的条例中，尽管将BMDRC设置成为一个综合性的规制者的努力失败了，在其与基础设施及价格规制有关的传统角色之外，BMDRC仍然被配置了某些监管职能。这一制度性安排，以及与改革和发展有关的职能一起，使得BMDRC成为抵消采购职能和规制职能之间冲突，评估传统的规制制度并且帮助建立政府未来的规制能力的合适的当局。

未来立法的将涉及到北京市条例的另外一个问题是：关于被利用来实现规制目标——北京市条例所要求的强制性的披露信息和专业评估——的规制工具的问题。

另外一方面，深圳市和新疆省的条例中都明确的要求建立消费者参与委员会。尽管这些新制度的有效实施依赖于政府的进一步支持，例如政府预算，这两个条例都为未来立法提供了有用的参考。

5. 小结

对中国第三次公共采购规制浪潮，可以作出某些一般性的观察：

首先，在中国最近存在着趋向于公共服务供应的新模式的积极的政策发展。在公共基础设施和公用事业供给领域，从“自足”型向“采购”型的转型，已经对建立透明的、竞争的和有效的公共服务市场及中国公共治理新模型产生了深入的影响。

其次，这一公共服务供给的新模型需要更利于私人融资基础设施发展的法律框架。对现行条例的评估表明，中国在城市基础设施和公用事业领域私人融资的新法律框架已经成形，并且整体而言现行的条例将为未来的条例在某种程度上提供示范。

但是，一项合理的规制制度的某些重要方面仍旧存在着许多不足，为主管当局在实施方面的进一步协调努力，与未来规制留下了太大的空间。

第三，仅靠法律框架不能够支撑这一重大的转变。公私伙伴关系的新治理形式是成功交付一项特许经营项目的先决条件，这里涉及到所有的利害关系人的利益。此外，在其他转型经济体中已经认识到的，新的采购和规制能力建设所带来的挑战一般而言与中国的国情相关并且不能被忽视。最终，这些条例的实施以及有效的交付基础设施特许经营项目也需要设计和实施适当的制度性基础设施。

第三部分

经济学视角的分析 和对未来的建议

第 6 章

国际法律、经济和政治视角的 PPPs

1. 引言

本书已经分析了欧盟的、WTO 的和中国的关于 PPP 的某些一般性的法律规则和原则。法律的关注是以国际的、区域的和国家的公共采购法为基础。其他的国家公共采购规则和条例将同样影响到 PPPs 的适用和构成，但是本书不包含这一法律视角。

本章的目的在于对 PPP 项目将要面临的某些一般性的法律挑战，从法律和政治的角度进行评论。⁵⁵³

一个成功的 PPP 的采购和实施依赖于合法的公共采购程序。各参与方之间签订的合同必须履行公共采购法的要求并且，如果这样的话，参与方之间就进一步的需求进行谈判的灵活性将十分小。这是一个十分严重的问题。Nutavoot Pongsiri 这样阐述该问题：

*“假设存在市场激励，公私伙伴关系似乎比有等级的命令关系或者对抗性的规制方法更为适当。尽管，公私伙伴关系实施的成功很大程度上取决于早就界定好了政府和私人企业之间伙伴关系的合理的法律程序、协议和合同的发展。”*⁵⁵⁴

关于完全利用 PPP 和从 PPP 中获益的首要的法律挑战是，PPP 经常在公共采购规则和法律的规制范围之内，但是这些规则中却没有任何规定是以涵盖一项 PPP 安排为目的而专门制定的。

⁵⁵³ In regard to e.g. national rules and regulations in the EC Member States, see the EPEC homepage, <http://www.eib.org/epec/link/index.htm?action=changeFormat&format=PRINT>. EPEC stands for the European PPP Expertise Centre (EPEC) and was launched by the European Investment Bank (EIB) and European Commission on 16 September 2008. EPEC is a collaboration between the EIB, European Union Member and Candidate States and the European Commission which is designed to strengthen the organisational capacity of the public sector to engage in Public Private Partnership (PPP) transactions. EU Member States and candidate countries can share experience and expertise, analysis and best practice relating to PPP transactions.

⁵⁵⁴ Nutavoot Pongsiri, Regulation and public private partnership, *International Journal of Public Sector Management*, vol. 15, no. 6, 2002, pp. 487-495, page 489.

相反，公共采购规则和法律是依据传统的公共合同而制定的，一般而言是基于其他措施而不是 PPP。欧共体委员会并没有就这一问题进行评论：2004/18 指令⁵⁵⁵中的大部分传统的欧共体采购规则的设置是为了涵盖传统的采购安排，而不是公共部门参与方和私人部门参与方合作的新产物。⁵⁵⁶

第二个法律挑战是，在公共采购法律制度中全面禁止谈判。一份 PPP 协议对传统公共采购协议的选择。与传统的安排相比较，在一项 PPP 中关注的是合作和有效性。当双方或者多方参与者希望创建一个合作模型时，谈判是一个重要的问题，但是公共采购法并没有反映这种需求。可以在公共采购法的目标中找到其原因。问题在于是否这些目标强大到阻止谈判以及是否其他程序对 PPP 而言将更有效率？

这些法律挑战之间是相互关联的，并且解决问题的关键在同一个方向。本章将讨论这一点，并且还将提出某些建议。

2. PPP合同的内容

为了本章之后的分析，在此部分将界定 PPP 合同和协作中某些重要重要的要素：

1. 一项 PPP 具有相当长的期限并且涉及到公共部门参与方与私人部门参与方之间在一个计划项目中不同方面的某些形式的合作。

2. 私人参与方一般将向项目融资，有时通过不同参与方之间的复杂的安排方式。在某些情况下，公共资金能够被注入私有资金。

3. 经济运行者，其参与项目的不同阶段（设计、完成、实施、融资），拥有重要的角色。公共部门参与者主要关注于依据公共利益、提供的服务质量和价格政策来确立将要实现的目标，并且其承担着是否遵守了这些目标的监管责任。

4. 公共部门参与方与私人部门参与方之间的风险分担不同于传统的公共项目。在 PPP 中，通常原来由公共部门承担的风险转移给了私人部门参与方。⁵⁵⁷

5. 在本教材的前文中提到的，PPP 能够被定义为⁵⁵⁸，公共当局和基于合作的私人参与方之间的联盟之间签订的长期合同（20 至 30 年的期限），

⁵⁵⁵ See Directive 2004/18/EC of the European Parliament and the Council on the co-ordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts, (2004) O.J. L134/114, as amended.

⁵⁵⁶ See COM (2005) 569, section 2.3.

⁵⁵⁷ The Commission notes that a PPP does not necessarily entail that the private partner assumes all the risks, or even the major share of the risks linked to the project. The precise distribution of risk is determined case by case, according to the respective ability of the parties concerned to assess, control and cope with this risk.

目标在于提供一种长期的发展中的公共服务供给（涉及到重要资产或服务）机制。

6.资产或服务是被委托给私人部门的，并且部分或者所有的资金都来自私人部门。后者意味着 PPP 中的私人部门持有所有的股份并且处理项目的施工、运营和维护。⁵⁵⁹

7.PPP 合同关注于需求和功能，⁵⁶⁰并且其必须通过参与方之间的开诚布公和合作，建立在信任、透明度的基础之上。

最后，所有的这些因素能够满足PPP协议的主要范围，这是为了确保参与方之间的联合作用，因此确保以最低的价格获得最有效的产品。

因此，一项PPP不仅仅只是一个融资协议而是具有更多的内涵。伙伴关系不得不建立在合作、互信和需求的基础上，因此参与方能够创造最好的和最有效率的产品。

因此，在一般的法律背景下，公私伙伴关系（PPP）能够被界定为公共当局与私人参与方联盟之间的一份长期的合同安排。

在一个内部契约性的角度来看，PPP必须以合作为基础，因为PPP的目的在于为涉及重要资产或者服务的发展中的相当长的公共服务供给提供一种机制。从一个制度性的角度来观察，PPP关注于转向参与方的传统激励从而为纳税人缴纳的税款创造更多更好的价值，⁵⁶¹例如通过以需求为基础而不是以要求为基础订立合同。通过关注于需求，公共当局指出学习型战略、教育的环境以及小学生的学习能力而非具体的教室的数量之间所存在的差别。正如在第二章中所提及的，这不同于传统的公共采购项目。在一项PPP中，这些不同的反映都被留给了私人参与方。

PPP目标导致了合同内容的变化。通常地，一个传统的公共合同是基于要求和具体的描述。为了实现目标，PPP合同关注于需求和功能，并且其必须建立在通过参与方之间开诚布公和合作而实现的信任和透明度的基础上。

⁵⁵⁸ See European Commission, *Green Paper on public-private partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions*. COM(2004)327 final, Brussels, 30.4. 2004.

⁵⁵⁹ See Sue Arrowsmith, "Public Private Partnerships and the European Procurement Rules: EU Policies in Conflict?" (2000) 37 *Common Market Law Review* 709-737, p. 709, and Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, (2nd ed., Sweet & Maxwell, London, 2005), p. 415. See also COM(2004)327.

⁵⁶⁰ The private party is responsible for the funding, design, completion, implementation, service and maintenance. The incentive to build to reduce the cost of service and maintenance in the long run is changed because the PPP concept provides the contractor with a compelling reason to create the cheapest building or infrastructure. In contrast to a traditional public contract, it is the contractor who has the obligation to provide service and operation. The PPP contract must run for a period equal to the time it takes for the private party to regain the investment. This is the main reason in regard to the long duration in PPP projects.

⁵⁶¹ See also Michael Burnett, *Public-Private-Partnerships (PPP) – a Decision Maker's Guide*, Institut Européen d'Administration Publique, Maastricht 2008.

因为私人参与方负有融资、设计、完成、实施、服务和维护的责任，⁵⁶²也改变了建立长期降低服务和维护成本的激励。因此，PPP概念为供应商在20至30年的时间内创造最便宜的建筑或者基础设施规定了强制性的理由。

与传统的公共合同相比较而言，承担提供服务和运营的义务的实体是供应商。PPP合同必须运营一段与私人参与方收回投资相等的时间。这是PPP项目持续时间长的主要原因。

如上所述，出现了某些关于PPP的法律挑战。一个是缺乏法定含义，这一点将在下文的第3次部分中分析；另外一个禁止谈判，这一点将在下文的第5次部分中分析。

3. 缺乏法定含义

欧盟法律、WTO 还是中国法律都没有考虑到 PPP 对法定含义的需求。⁵⁶³这三个法律制度都缺乏 PPP 的法定含义。

WTO 和 GPA⁵⁶⁴都是以透明度和非歧视原则的法律原则为基础。⁵⁶⁵ WTO 是一个复边的协议，包括了属于 GPA 成员国的 WTO 的成员，并且因此拥有该协定下的权利和义务，⁵⁶⁶包括公共采购规则。同样 GPA 实施保证公平和非歧视条件下的国际竞争规则。⁵⁶⁷

欧盟采购法是基于共同市场和消除成员间的货物贸易壁垒以及消除商业、劳动力和资本流动壁垒。共同市场背后的政治和经济的原因是基于

⁵⁶² See European Commission, *Green paper on public-private partnerships and community law on public contracts and concessions*, COM(2004)327 final, Brussels, 30.4. 2004.

⁵⁶³ The same problem occurs in UNCITRAL.

⁵⁶⁴ As analysed in chapter 4, the Agreement on Government Procurement (GPA) is to date the only legally binding agreement in the WTO focusing on the subject of government procurement. The WTO Agreement on Government Procurement ("GPA") from the 4th of October 2006 establishes a set of rules which on one hand govern the procurement activities of its Parties and on the other hand enable the Agreement to function as an international one. The GPA is a plurilateral treaty administered by a Committee on Government Procurement, which includes the WTO Members that are parties to the GPA, and thus have rights and obligations under the Agreement.

⁵⁶⁵ Article III of the GPA.

⁵⁶⁶ Government procurement is an important aspect of international trade, given the considerable size of the procurement market (often 10 to 15 percent of GDP) and the benefits for domestic and foreign stakeholders in terms of increased competition. Many WTO Members use their purchasing decisions to achieve domestic policy goals, such as the promotion of specific local industry sectors or social groups. Open, transparent and non-discriminatory procurement is generally considered to be the best tool to achieve 'value for money', as it optimises competition among suppliers.

⁵⁶⁷ For example, governments will be required to put in place domestic procedures by which aggrieved private bidders can challenge procurement decisions and obtain redress in the event such decisions were made inconsistently with the rules of the agreement.

比较优势的经济理论。⁵⁶⁸

欧盟采购法的目的是为了确保开放的公共采购市场，而不是促进 PPP。⁵⁶⁹

欧盟条约和采购指令规定了在当合同价值超过门槛价时，授予合同之前所必需遵守的原则、规则和程序。欧盟规则并没有制定任何仅适用于 PPP 的规则。⁵⁷⁰

3.1 欧盟公共采购目标

在欧盟采购规则中存在着许多积极的因素。一个是消除腐败性政府行为的可能性；另一个是，有效的政府采购是好的公共服务和好的政府的本质所在。

采购规则是为了确保政府代表纳税人的利益花费时，运用最高的专业标准。该程序帮助确保竞争作为公共部门的基石，并且以此维护市场利益——尤其是在良好的和竞争性的市场还不存在的地方。

在限制竞争和没有竞争的市场，采购规则能够承受市场检测(*market soundings*)，准备采纳对市场能力和承载能力的要求，并且尽可能广泛地公告市场采购机会。

具体的欧盟公共采购指令的目标是为了确保公平和平等对待，好的采购实践，开放竞争和更低的整体价格。实现这些目标的基本原则是透明度、非歧视、平等待遇、合比例原则和竞争性原则。

所有的这些公共采购规则都涵盖了 PPP，并且因为这一原因 PPP 也有其难点。⁵⁷¹一项 PPP 当然必须依附于公共采购规则的原则和目标，但是其同样也必须基于某些额外的确保 PPP 具体特性的原则。这将需要一个法定含义，而该含义至今还没有制定出来。

⁵⁶⁸ See Krugmann and Obstfeld, *International Economics, Theory and Policy*, Addison-Wesley, 6th ed. 2003, part I.

⁵⁶⁹ Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, (2nd ed., Sweet & Maxwell, London, 2005), p. 121. See also Sue Arrowsmith, "Public Private Partnerships and the European Procurement Rules: EU Policies in Conflict?" (2000) 37 *Common Market Law Review* 709-737, p. 709, and Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2nd ed., Sweet & Maxwell, London, 2005 and Michael Burnett, *Public-Private-Partnerships (PPP) – A Decision Maker's Guide*, Institut Européen d'Administration Publique, Maastricht 2008 and Simon Everts Hjelmberg, Peter Stig Jakobsen and Sune Troels Poulsen, *Public procurement law – the EU Directive on public contracts*, Copenhagen, 2006.

⁵⁷⁰ Christopher H. Bovis, *EU Public Procurement Law*, Elgar European Law, 2007, p. 52.

⁵⁷¹ See Sue Arrowsmith, "Public Private Partnerships and the European Procurement Rules: EU Policies in Conflict?" In this article Sue Arrowsmith argues that there are many difficulties in relation to PPP and the EU procurement rules.

3.2 欧盟对PPP的法定含义

在 COM (2004) 327 中⁵⁷²委员会认为“没有在欧共同体层面定义 PPP”。定义缺失的原因将在法律传统中找到。如果委员会确立一个关于 PPP 的法律定义，那么这将开放一个长的项目列表表明哪些将不受这一定义和欧盟公共采购规则的调整。

替代一个法定含义，欧盟委员会一般意义上地将 PPP 解释为：“公共当局和商业世界之间的合作形式，其目标在于确保一项基础设施或者服务供给的融资、建设、翻新、管理或维护。”⁵⁷³

委员会在 COM (2005) 569 中⁵⁷⁴清楚地规定，一般而言 PPP 应当具备指令 2004/18/EF⁵⁷⁵中“公共合同”的资格。PPP 的授予程序必须遵循该指令中的具体规定，同时也遵守欧盟条约的规则和原则：欧盟条约的自由流动规则和原则，平等待遇，合比例性以及互相承认原则。⁵⁷⁶

通过这一特殊的法律方式，欧盟委员会确保在大多数 PPPs 中使用欧盟采购规则。欧盟委员会认同成员国内使用的两种类型的 PPPs：纯契约性质的公私伙伴关系⁵⁷⁷和制度性的公私伙伴关系，在后者中公共参与方和私人参与方成立一个联合的公众有限公司（a joint public limited company）。⁵⁷⁸

⁵⁷² European Commission, *Green paper on public-private partnerships and community law on public contracts and concessions*, COM(2004)327 final, Brussels, 30.4. 2004.

⁵⁷³ European Commission, *Green paper on public-private partnerships and community law on public contracts and concessions*, COM(2004)327 final, Brussels, 30.4. 2004, subsection 1.1.1.

⁵⁷⁴ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Brussels, 15.11.2005, COM(2005) 569 final, on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Procurement and Concessions.

⁵⁷⁵ Directive 2004/18/EF. of the European Parliament and the Council on the co-ordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts, (2004) O.J. L134/114, as amended.

⁵⁷⁶ If the situation is that EU procurement rules are an advantage for PPPs, then the Commission's decision not to provide a definition can be a sound idea legally. Hence, many PPPs will be governed by the procurement rules and principles in the EU treaty, the procurement Directives and the relevant case-law. If, on the other hand, the procurement rules are a disadvantage for PPPs, the lack of definition can have negative implications because it may result in a reduced use of PPPs in general. The reason for a low number of PPP is too high transaction costs caused by the high amount of uncertainty.

⁵⁷⁷ In some situations a PPP has been, and probably will be, set up as a concession. If the PPP can be legally defined as a concession, there are only few provisions of secondary legislation to coordinate this type of PPP. These provisions are Article 3(1) of Directive 93/37/EEC and Articles 56 to 59 in Directive 2004/18/EF. See also Christopher H. Bovis, *EU Public Procurement Law*, Elgar European Law, 2007, pp. 53-54.

⁵⁷⁸ See also Christopher H. Bovis, *EU Public Procurement Law*, Elgar European Law, 2007, p. 52. In accordance with COM(2004)327, Public Private Partnerships of a purely contractual nature are in general the most common PPP solution in most Member States.

依据COM2004/327，许多成员国指出需要对PPPs的进行一般性规制。欧盟委员会已经参与了讨论，但是其并没有认为缺乏具体的规则是一个问题。

《绿皮书》⁵⁷⁹的结论确实表示需要在各成员国中澄清欧盟公共采购规则下PPP的使用。⁵⁸⁰

在COM（2005）569中，委员会没有规定这些，尽管认为这是必须的，并且后来还制定了许多解释公私伙伴关系的宣告（*announcements*）。因此，在那个时候委员会并没有计划制定任何立法性的PPP规则。

委员会在COM（2005）569中阐述到，不具约束力的活动将为解决被认识到的制度性PPPs（IPPPs）中的不确定性提供所需的指导。在欧共体层面缺乏对IPPP的法律定义这一问题最近在C(2007)6661和2008年2月18日颁布的Memo/08/95中解决了。⁵⁸¹

委员会已经公布了解释通告 C（2007）6661⁵⁸²，依据委员会，将澄清关于 IPPPs 的“游戏规则”，但一般而言不是关于 PPP 的。IPPP 与 PPP 之间的区别在于，在 IPPP 中主要是合办公司的形式，而在 PPP 中纯粹是契约性的安排。⁵⁸³

⁵⁷⁹ See European Commission, *Green paper on public-private partnerships and community law on public contracts and concessions*, COM(2004)327 final, Brussels, 30.4. 2004.

⁵⁸⁰ In addition, the European Parliament asked for some guidelines and relevant clarifications in connection with the award of IPPP. European Parliament, *Resolution on public-private partnerships and Community law on public procurement and concessions*, (2006/2043(INI)) of 26th of October 2006.

⁵⁸¹ A legal definition of IPPP and specific rules concerning IPPPs are not to be found at Community level; see the European Commission, *The Commission Interpretative Communication on the Application of Community Law on Public Procurement and Concessions to Institutionalised Public Private Partnerships (IPPPs)*, C(2007)6661, Brussels, 5.2.2008; cf. European Commission, *Communication on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Procurement and Concessions*, COM (2005)569 section 4.1., in which the Commission stated that an Interpretative Communication would be the best way to encourage competition and to provide legal certainty. The Commission stated in COM(2005)569 that a non-binding initiative would provide the required guidance to address perceived uncertainties in regard to IPPPs. The lack of legal definition of an IPPP at Community level is addressed again in C(2007)6661 and the Memo/08/95 of 18th February, 2008. See also the European Parliament, *Resolution on public-private partnerships and Community law on public procurement and concessions*, (2006/2043(INI)) of 26th of October 2006.

⁵⁸² European Commission, *The Commission Interpretative Communication on the Application of Community Law on Public Procurement and Concessions to Institutionalised Public Private Partnerships (IPPPs)*, C(2007)6661, Brussels, 5.2.2008

⁵⁸³ See above in chapter 2 for the definitions of PPP and IPPP.

委员会总结到，解释通告的目的在于增强法律的确定性并且减少这样一种担心，即认为采购规则和欧盟法一般而言将使得 IPPPs 失去吸引力或者并不可能得到实施。⁵⁸⁴

被认识到的与私人参与方有关的成员国中法律确定性的缺失以及 IPPP 不遵守欧盟法的风险是公布 IPPP 解释通告 C(2007)6661 的原因。⁵⁸⁵

在 PPP 有关方面也能认为同样缺乏法律确定性。区域委员会认为倘若缺乏对 PPP 的定义，还未有适当的法律并且成员国内缺乏经验——大多数是新成员国，这将需要一个解释通告来规制所有形式的 PPP 协议。因此，该委员会需要一个解释通告来涵盖比 COM(2007)6661（该解释通告仅涵盖了 IPPP）的目标更多的内容。⁵⁸⁶

一方面是确保关于 IPPP 的法律确定性；另一方面是为更有效率的利用 PPP 开放更多。关于 PPP，既需要法律的确定性，也需要确保更有效率，这将在下文中讨论。

4. PPP 的经济学术语

正如在第二章中讨论到的，1990 年代创造了 PPP 作为公共服务和工程供给的新方式以促进物有所值，以及作为一个潜在的为公共部门带来私人

⁵⁸⁴ Rhodri William, “The Commission Interpretative Communication on the Application of Community Law on Public Procurement and Concessions to Institutionalised Public Private Partnerships (IPPPs)”, (2008) 17, *Public Procurement Law Review*. Issue 4, NA116.

⁵⁸⁵ This legal uncertainty and risk can discourage both public authorities and private parties from entering into an IPPP. This risk constitutes a problem since public authorities at all levels are interested in types of co-operations with the private sector, and this interest is increasing in the Member States. The interest in forming IPPPs is increasing because of national needs for ensuring infrastructure and services; see European Commission. MEMO/08/95. *Public Procurement: Commission issues guidance on setting up Institutionalised Public-Private Partnerships – Frequently Asked Questions*, Brussels, 18th of February 2008. The IPPP interpretation communication therefore sets out the Commission’s understanding of how the Community provisions on most types of public procurement and concessions are to be applied to the funding and operation of an IPPP as a legal guidance to the Member States. The Interpretation communication does not create new rules concerning IPPPs; it only reflects the Commission’s understanding of the rules in the procurement Directive and the EU treaty, and the relevant case law by the ECJ.

⁵⁸⁶ The European Parliament in resolution on public-private partnerships and Community law on public procurement and concessions (2006/2043(INI)), see *General comments, no.2*, considers it premature to assess the effects of the public procurement directives and is therefore against a review of these directives; opposes the creation of a separate legal regime for PPPs but considers that there is a need for legislative initiatives in the areas of concessions, respecting the principles of the internal market and threshold values and providing simple rules for tendering procedures, and for clarification with regard to institutionalised public-private partnerships (IPPPs).

融资的方式。⁵⁸⁷在 1990 年代中期，许多政府经历着财政赤字压力以及正在增长的公共负债。⁵⁸⁸同时政府正面临着扩张和改善公共设施和服务的压力。⁵⁸⁹ PPP 作为一个实施欧盟政策的方式被创造出来，并且应当填补公共需求和对融资需求之间的缝隙。⁵⁹⁰

PPP 背后的理念能够在全球化导致的私人市场的契约安排中找到。私人市场已经经历了使用战略联盟来提高质量和降低成本，并且实现物有所值。形成战略联盟的动力在于，并且仍然是制定一个创造动力、合作和成员之间互相学习的商业安排。因此最初的协议与成功没有多大的关系，而更是注重对市场和消费者需求的适应性。⁵⁹¹

私人部门通过包括合作在内的新的契约形式满足了消费者的需求。如今在欧盟许多国家的行业中使用的 PPP 合同的目标在于满足这一需求。⁵⁹²在许多国家对市场机制的政府尝试以及私有化努力的成功提高了对 PPP 的兴趣。⁵⁹³

PPPs 已经在不同的经历重大经济增长的国家中获得了重大推进。通过使用 PPP 可以提供额外的资本，可以建立可选择的管理程序和实施手段，可以为大多数的消费者和公众提供价值增值，可以提供更好的识别需求和最优利用资源。⁵⁹⁴

PPP 的市场和公共部门参与方与私人部门参与方之间为了在广泛的经济活动范围内发展和运营基础设施的合作已经得到了增长。许多年以前，PPP 安排经常由有限的公共资金所驱动以满足投资需求。如今 PPP 同样也是有日益增长的对基础设施项目中的公共服务的质量和效率的需求所驱动，

⁵⁸⁷ The United Kingdom and Australia were the first countries in OECD to set up this mode of service delivery. Now France, Germany, Ireland, Italy, Japan, Portugal, Spain, Turkey, Argentina, Brazil, South Africa, Poland, Denmark, Portugal, Hungary, Netherlands and several other countries have introduced PPP. See OECD, *Public-Private Partnerships, in pursuit of risk sharing and value for money*, 2008, p. 11 and Grimsey & Lewis, *Public-Private Partnerships, The worldwide Revolution in infrastructure provision and project finance*, Edward Elgar, 2007, pp. 3-5.

⁵⁸⁸ See OECD, *Public-Private Partnership, in pursuit of risk sharing and value for money* (Paris: OECD, 2008), p.11.

⁵⁸⁹ D.Grimsey & M. Lewis, *Public-Private Partnerships, The worldwide Revolution in infrastructure provision and project finance*, Edward Elgar, 2007, p. 19.

⁵⁹⁰ Michael Burnett, *Public-Private Partnership, a decision maker's guide*, Institut Européen d'Administration Publique, p. 1.

⁵⁹¹ Yves L. Dos and Gary Hamel, *Alliance Advantage, The art of creating value through Partnering*, Harvard Business School Press, Boston, Massachusetts, 1998, Introduction p. 15.

⁵⁹² Christina D. Tvarnø, *Public private partnership in the European Union, The New EU Public Procurement Directives*, eds. Ruth Nielsen and Steen Treumer (Ed.), pp. 183-194.

⁵⁹³ Nutavoot Pongsiri, *Regulation and Public-Private Partnership*, *International Journal of Public Sector Management*, vol. 15, no. 6, 2002, pp. 487-495.

⁵⁹⁴ See European Commission, *Guidelines for Successful Public-Private Partnerships*, March 2003, p. 4.

例如在科技、水、监狱、福利、交通、公共健康、学校、城市重建和国家安全⁵⁹⁵等部门，以及广泛地提供公共服务的部门，例如通信、电厂、财政支援、创新性金融、普遍公共服务、教育和研究。

一项PPP必须以物有所值的角度来交付基础设施、建筑和服务。这意味着设立一个PPP安排的重要部分是产出将要比相似的传统公共项目要好。⁵⁹⁶物有所值意味着降低成本和价格，提高质量，减少风险和失败，改善合作以及分担责任和能力。这些目标导致了合同内容的变化。

如果有有效的实施框架并且如果所有参与方的目的都能够在公共参与方和私人参与方之间的伙伴关系中实现，与其他的方式相比较PPPs能够实现额外价值。

在大部分的未完成的和不完整的合同中仍然有可能从适当的PPP项目的架构中获得某些重要的价值。⁵⁹⁷设立一个具备好的功能的PPP的益处或者优势在于：⁵⁹⁸

- 加快基础设施的供给
- 更快的实施
- 降低整个生命周期成本
- 更优的风险分配
- 改善绩效的激励
- 在私人部门中产生额外的收入
- 转移责任
- 提高公共管理
- 一般而言促进投资
- 通过联合企业来提高利用资源的效率
- 通过联合企业从公共部门资产中产生商业价值

最后，所有这些因素能够履行一项PPP协议的主要范围，这是为了确保各参与方之间的联合企业，因此以最低的价格获得最有效率的产品。

⁵⁹⁵ Grimsey & Lewis, *Public-Private Partnerships: The Worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance*, Edward Elgar, 2007, pp. 8-10.

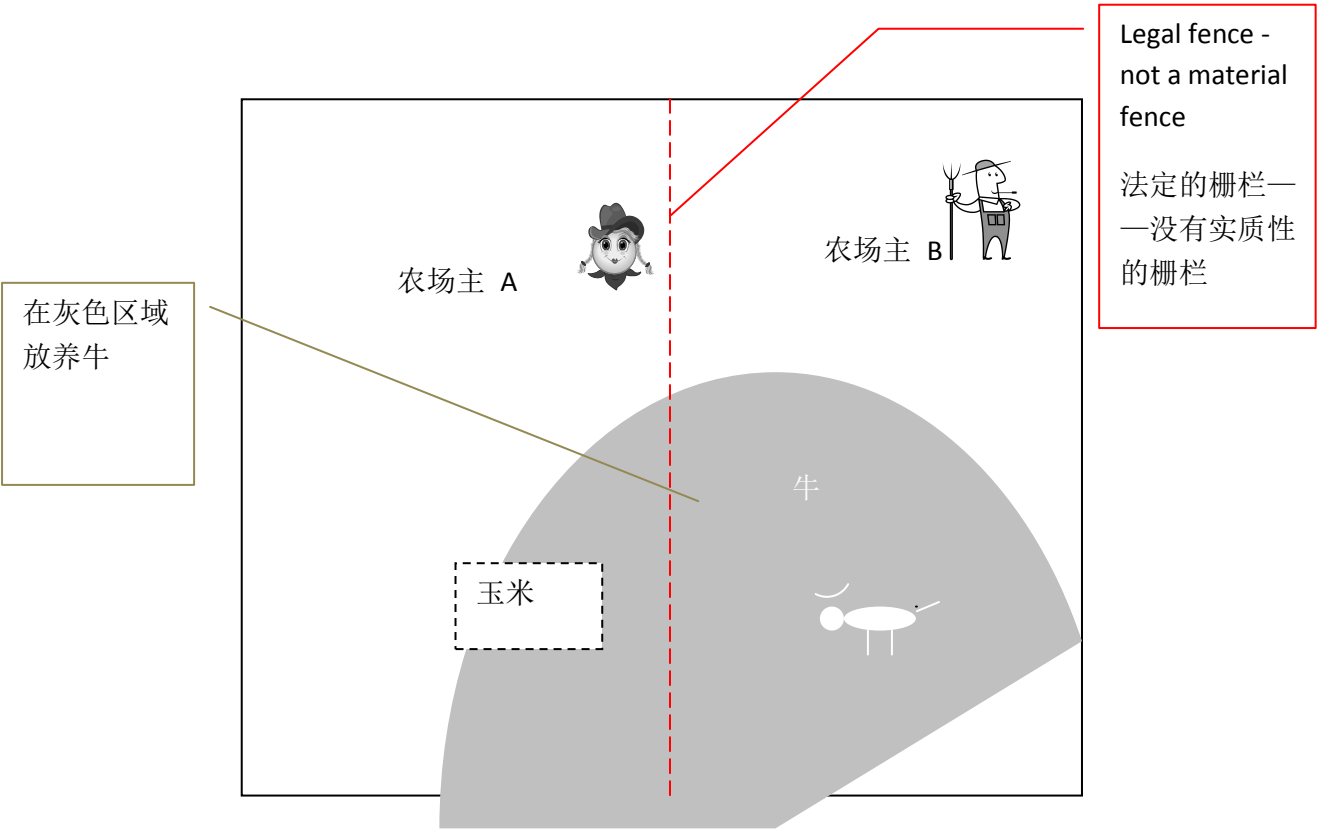
⁵⁹⁶ OECD, *Public-Private Partnerships, in pursuit of risk sharing and value for money*, 2008, p. 36.

⁵⁹⁷ See also Grimsey & Lewis, *Public-Private Partnerships: The Worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance*, Edward Elgar 2007, p. 247.

⁵⁹⁸ See also OECD, *Public-Private Partnerships, in pursuit of risk sharing and value for money*, 2008, p. 37 and European Commission, *Guidelines for Successful Public-Private Partnerships*, March 2003, pp. 15-16.

最首要优先的是实现共同企业的目标。共同企业（common utility）能够以下列案例进行解释，该案例使用实用经济学但是并不涉及经济理论⁵⁹⁹：

农场主 A 住得靠近农场主 B。农场主 A 在其一部分土地上种植玉米，其余的土地上并没有耕种。农场主 B 在其所有的土地上养牛。



⁵⁹⁹ The application of this economic example does not include all conditions and presumptions in the Coase Theorem.

Source: C. Tvarnø based on Cooter & Ulen, *Law and Economics*, 5. Ed., 2008, p. 88.⁶⁰⁰

在两个农场之间并没有栅栏，但是界限是清楚的。因此有时农场主 B 的牛会闯进农场主 A 的土地并且破坏农场主 A 的玉米。

从法律视角来看，农场主 B 将不得不赔偿农场主 A 的玉米的损失。预料到未来的损害，农场主 B 必须围住其土地建立起栅栏以防止牛再次进入其土地并且由此确保未来的损害不在发生。

但是如果两个农场主所处的世界没有交易成本，适用传统的法律解决方案以外的其他方式，可以设想一个解决方案：两个农场主相爱了并且结婚了。这一决定将意味着农场主就爱你将其商业利益相结合并且以此来实现其共同利益的最大化。如果其能围绕玉米地建立一个小的栅栏，那么其共同利益（joint profit）将达到最高。这将是该特定情形下的最物有所值和最优的合作解决方案。⁶⁰¹如果农场主之间并没有想爱但是仅仅是邻里，但是决定通过谈判来实现物有所值，在一个没有交易成本的世界，如果他们进行谈判，这两个农场主将仍然可能最终实现更为有效的解决方案而不是法律的解决方案。这一谈判的理念在最优的合同方面，例如战略联盟⁶⁰²、伙伴契约和 PPP，是基础性的。

如上所述，更物有所值要求参与方之间谈判和与共同企业之间合作。PPP 契约的目的在于，通过利用共同企业的理念来：

降低成本和价格

- 提高质量
- 减少风险
- 减少失败
- 促进协调
- 与私人参与方共享能力

⁶⁰⁰ In regard to definitions, conditions and presumptions in the Coase Theorem look further in Cooter & Ulen, *Law and Economics*, 5. Ed., 2008, Pearson Education/Addison-Wesley.

⁶⁰¹ See further Cooter & Ulen, *Law and Economics*, 5. Ed., 2008, Pearson Education/Addison-Wesley, p. 88.

⁶⁰² See for example Macneil, *The new social contract*, 1980, Yale University Press, New Haven, CT. and Artz & Bruch, *Asset specificity, uncertainty and relational norms*, *Journal of Economic Behavior & Organization*, Vol. 41, (2000), pp. 337-362.

经济运营者扮演着重要角色，其参与项目的不同阶段（设计、完成、实施、融资）。公共部门参与者首先关注于界定将要实现的目标，依据公共利益、提供的服务质量和价格政策，并且其承担是否遵循这些目标的监管职责。

公共部门参与方与私人部门参与方之间风险的分担是不同的。一般而言原来由公共部门承担的风险转移给了私人部门参与方，如果对于交易成本和项目而言是有效率的。⁶⁰³一个运行良好的PPP高度依赖于以对的方式设立激励性架构的可能性。可行的激励性架构的一部分是当供应商承担着适量的风险时，同时哪些具备利害关系的投资人拥有作出有效率的决定的激励。⁶⁰⁴

参与方是就风险和风险的价值进行谈判的最具利害关系方。如果公共部门参与方在招标公告中已经依据公共采购法中的要求设置了风险分担的方式，该项目则不能够创造最优的物有所值。

4.1 作为PPP中重要因素之一的：合作

缺乏 PPP 的法律定义是一个严重的问题，因为欧盟法并没有考虑到将合作和谈判作为一个成功 PPP 的重要因素。参与双方都必须对 PPP 项目产生影响。

尽管，公共采购规则要求公共部门参与方几乎单方面地订立合同的条款和合作的条件。在授予合同之后仅有十分少数的事项可以变更，否则必须提出一个新的程序。

竞争性对话设置了一个程序，在该程序中一定数量的对话变成了可能。讨论该程序并不是本章的目的。同竞争性对话有关的一个重要的评论是，其并不在 PPP 参与方之间开放谈判但是却允许所有参与方之间的对话，这是完全不同的两个问题。

一般而言欧盟公共采购规则并不促进和支持合作的观念。委员会认为现存的公共采购规则能够容纳所有的新观念，创造公共参与方和私人部门参与方之间的新的合作形式的需要，以及该市场造成的所有情形。

但是，委员会并没有考虑到 PPPs 在合作和产出方面十分具有典型特征，而这些都没有在欧盟公共采购规则中体现出来。缺乏对合作的认同以及对参与方之间谈判的需求是一个棘手的问题。

⁶⁰³ The Commission notes that a PPP does not necessarily entail that the private partner assumes all the risks, or even the major share of the risks linked to the project. The precise distribution of risk is determined case by case, according to the respective ability of the parties concerned to assess, control and cope with this risk.

⁶⁰⁴ See also Grimsey & Lewis, *Public-Private Partnerships, The Worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance*, Edward Elgar, 2007, p. 247.

现行法律主要优先考虑的是平等待遇、透明度和自由流动这些欧盟所有的基本原则。但是，必须同样给予市民、私人部门参与方和公共当局达成 PPP 的最有效率的协议和产出的可能性。

因此，采购规则的原则是要确保竞争、平等待遇和透明度，但不是合作。相反，还存在着对谈判的一般性法律禁止，这将在接下来的第 5 小部分中讨论。

4.2 对有效率的 PPP 的解决方案

具体 PPP 规则的目标必须是增强法律的确定性以及减少对传统采购规则可能会使得 PPPs 丧失吸引力或者不可能得到实施的担心。关于法律的不确定性，这里有两种方式：

一种方式是，现存的公共采购规则以及原则涵盖所有的 PPPs，致使没有必要定义 PPP。这是自然法的解决方案。现存的涵盖所有新的理念和创造新的公共部门和私人部门之间合作类型的需求，以及该市场所创造的所有情形。但是，这一传统的法律解决方案并没有考虑到 PPP 为了创建一个有效率的 PPP 而在合作和产出的需求方面具有典型特征。

另外一个方式是在与市场条件相似的条件下让公共当局使用同私人部门合作的选择权。一般而言，这一解决方案是与采购程序相冲突的。

一个简单的解决方案是在公共采购条例中制定具体的 PPP 规则，并且合法地界定到底什么是 PPP，PPP 应当如何建立，怎样确保在选择私人参与方时的公平和透明竞争，以及如何运营一项 PPP。

当实现这些的时候，PPP 能够使用一种不同的采购规则，这些规则熟知 PPP 的具体目标，公共服务能够基于市场条件以及同市场有关的利润而运营，并且能够优先考虑合作。

应当强调的是，欧盟公共采购法的目的和目标好的。但是不是当对公共部门参与方与私人部门参与方之间的新的合作形式有特定需求或者市场时。尽管同样受到特殊程序规则的规制，PPP 规制应当允许在传统激励性采购构架允许特殊的转向，这对 PPP 而言是必要的。PPP 拥有通过改变合作的激励架构来实现更经济有效的目标。

因此，由于为欧盟公共采购法并没有规定具体的 PPP 规则和定义，阻碍了 PPP 的使用，为了实现可选择的和更有效的采购模型的目标，这是一个十分严重的现实。

规则和定义的缺失可能创设了壁垒，使得提高了 PPP 项目公共采购有关的交易成本。PPP 能够提供一种重要的经济优势，并且除了既存的关于透明度和平等待遇这些目标以外，欧盟公共采购规则应当同样解决 PPP 的经济效率问题。

从这一点来看，普遍性的发展和十多年来积累的对 PPP 的知识应当使得在当前公共采购指令与 WTO 以及 GPA 中引入对 PPP 的定义成为可能。具体的 PPP 规则能够帮助创造一种具有功能性的能够创造的经济利益 PPP 市场，这在欧盟和国际层面而言是必要的。

4.3 一种严密的PPP定义

具体的 PPP 规则应当包涵一种严密的定义，规定哪些 PPP 安排受这些规则的规制。仅该定义所包含的 PPP 安排才可以受这些具体 PPP 规则的规制。

如果一个 PPP 项目被排除出了具体 PPP 规则中的定义，该项目应当受到一般采购规则和条例的规制。

因此，如果某项 PPP 不属于 PPP 任何定义的范畴，传统的采购规制将适用于该 PPP 的设立。仅当满足 PPP 的严格定义时，才应当对该 PPP 使用该特定的 PPP 规则。

一方面，委员会明确的认为传统的采购规则及原则能够解决 PPP 的形式问题。另一方面，委员会仍然应当考虑在欧共同体层面关于 PPPs 的具体的 PPP 规则，以允许实现最优的和最有效的 PPPs 的产出，包括一个确切的和严密的 PPP 的法律定义。

如果一个公共项目属于严密的和具有法律约束力的PPP的定义所涵盖的范围，那么可能该项交易的产出会更有效率——与传统的采购项目相比较而言。

5. 禁止谈判的问题

PPP是一个协作性的合同并且应当基于参与方之间的高度谈判。与PPP合同有关的原则是信任、合作、开诚布公、共同企业及有效的激励。这些已经在参与方之间达成一致意见的因素，这里所指的参与方是指建筑的所有者、建筑师、工程师和构造师（**constructor**）。在协作性的合同中为了实现合同的目的某种程度的谈判是一个重要的工具，这种工具可以实现更好的和更便宜的结果。

一般而言，公共采购法并没有规定任何调整不同类型的契约性 PPP 合同的具体规则，并且问题在于一份基于谈判、合作、互信、公开以及共同企业的合同如何能够在公共采购法律中成为可能？

例如当一个欧盟的公共当局将一项经济活动委托为一个私人参与方，则必须遵守欧共体的内部市场规则和原则。

来自条约的一般性的法律原则是：透明度、平等、合比例以及互相承认原则。公共采购法在公共采购指令中建立了一个关于规则的长名单。禁止谈判的原则来源于这些指令。

像前文第2章中提到的 PPPs 的不同类型这种协作型合同需要谈判和合作来实现。否则会很困难，如果不肯能够获得更好的价值和更低的价格。对谈判的禁止则阻碍了这种获得。公共采购法保护某些主要目标：

- 开放的市场
- 竞争
- 平等待遇
- 消除腐败
- 透明度
- 非歧视
- 合比例
- 有效的公共采购
- 适用最高的专业标准
- 维护市场利益

来自私人部门的关于协作型契约安排⁶⁰⁵的积极经验（例如，创造动力、激励、合作、风险差异，有效的利用核心能力以及参与方之间的相互学习）不能够在采购规则下的有关 PPP 中适用，因为禁止谈判背后的目标和理念。

WTO 还是 EU 都没有为适用谈判留下空间，其也没有对传统的工程或者服务项目设立一个允许谈判的程序。竞争性对话设立了一个允许公共参与方在同样的条件下与所有的投标者讨论相同问题的程序。但是这不同于谈判。⁶⁰⁶

⁶⁰⁵ When private parties set up a strategic alliance, they negotiate the contract. A strategic alliance contract between private parties could for example be implemented as the well-known partnering contract used in connection with strategic alliances and in the building industry. This contract is also based on trust, cooperation and negotiation between the parties and is used when the need for cooperation is distinct; see further Anne Deering & Anne Murphy, *The Different Engine*, Gower, 1998. James Barlow, Michael Cohen, Ashok Jasphapara and Yvonne Simpson, *Towards Positive Partnering, Revealing the Realities in the Construction Industry*, The Policy Press, University of Bristol, 1997 and Yves L. Dos & Gary Hamel, *Alliance Advantage*, Harvard Business School Press, Boston, Mass., 1998.

⁶⁰⁶ According to the Commission, the competitive dialogue will provide the necessary flexibility in the discussions with the tenderers on all aspects of the PPP contract during the set-up phase. At the same time this procedure will ensure that the dialogue is conducted in compliance with the principles of transparency and equality of treatment, and the EC Treaty principles. See also

5.1 PPP，谈判和博弈论

最优的 PPP 是依赖于谈判以及参与方之间具备运作良好的相互关系。该相互关系既依赖于任务也依赖于与该项目有关的合同。

无论合同的类型如何，如果符合下面的条件，那么经济理论则认为这些合同为（帕累托/Pareto）最优。假定固有的一群人和一组可选择的货物或者产出的分配方式，从一种分配状态到另一种分配状态的改变能够使得至少一个人变得更好，而不会使任何其他个人变糟，这就被称为“帕累托改进”。当不能够实现进一步的帕累托改进时，这种分配被称为“帕累托效率”或者“帕累托最优”。⁶⁰⁷

能够利用博弈论来主张：

*“对于追求其自身利益的个人，对合作的激励将比那些对自私行为的激励更大... 在各类不同情形下，包括当‘参与方’之间敌对的情形。”*⁶⁰⁸

在博弈论中囚犯的两难困境能够解释公用设施和谈判之间的問題。在 1950 年 Albert W. Tucker 界定的博弈理论中的基本问题时，表示两个囚徒选择不合作，即使两人都能够看到合作中的共同利益。⁶⁰⁹能够通告下面的例子来解释博弈论和囚徒困境，在该例子中利用实用主义经济学但是不涉及经济理论：⁶¹⁰

两个人因为持有某些盗窃物品而被拘留。检察官有足够的证据对其进行起诉并且因为持有盗窃物品而证明其有罪，除非其中的一个人或者两人都承认入世行窃。如果检查官仅仅因为持有盗窃品而起诉这两个人，那么这将导致比盗窃罪要轻的刑罚。现在知道的是这两个人都被单独地关注拘留所，并因此而不能彼此对话。

检察官讯问每一个囚徒，并且每一个囚徒都持相同的看法。如果一个囚徒供认并且由此同样也可以证明另一个囚徒的盗窃罪，那么其自身将获得自由，而另一个囚徒将获得最长 4 年的徒刑。如果两个囚徒供认，每个人将因盗窃而获得 2 年的徒刑。如果没有任何一个人供认，那么每个囚徒将因为持有盗窃品而获得半年的徒刑，因为不能够证明使其闯入行窃的。

⁶⁰⁶ See also European Commission, *Green paper on public-private partnerships and community law on public contracts and concessions*, COM(2004)327 final, Brussels, 30.4. 2004, section 25.

⁶⁰⁷ Jf. Steven Shavell, *Contracts*, The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law, p. 436.

⁶⁰⁸ Ronald W. McQuaid, *The theory of partnerships*, in *Public-Private Partnership*, ed. Stephen P. Osborne, Routledge, 2000, p. 27.

⁶⁰⁹ See Anatol Rapoport, *Prisoners' Dilemma*, The New Palgrave, Game Theory, p. 100.

⁶¹⁰ The application of this economic example is not regarding all conditions and presumptions in the prisoner's dilemma game and the game theory.

囚徒困境也可以通过以下方式描述：

		囚徒 2	
		不供认	供认
囚徒 1	不供认	-½, -½	-4,0
	供认	0, -4	-2, -2

“供认”是主要的战略，因为“供认”是每个参与者的最优选择，无论其他参与者如何选择。囚徒1和2都处于相同的境遇并且拥有相同的信息。因此，该博弈以两个参与者都获得2年的徒刑而结束，而不是仅半年。⁶¹¹

囚徒困境能够被视为个体和集体理性之间差异的示例。用集体的眼睛来看，来自于个人支配的理性的决定都是差的，即使一个局外人能够从集体的视角看到所获得的理性。⁶¹²

能够博弈论来解释 PPP 的目标。协作性契约是被作为传统工程合同的选择性方案而被引入的。其目的在于确保参与者能够优化交易而不是为了

⁶¹¹ Robert Cooter & Thomas Ulen, Law and Economics, 5th edition, Pearson/Addison-Wesley, 2008, p. 40.

⁶¹² Anatol Rapoport, Prisoners’ Dilemma, The new Palgrave, Game Theory, p. 100.

其自身利益。因此，参与方必须优化公共的设施而不仅仅是其自己的设施。为了实现这一目标，参与方必须分享所有的与项目和工程有关的信息，通过开诚布公和考虑。这一关系必须建立在合作和互信的基础上。

如果一个 PPP 关系是基于这些经济因素，在矩阵中，可能使得产量从纳什均衡移到了帕累托最优的情形。但是参与方需要法律解决方案以获取此情况。

5.2 合同法的视角

从契约性安排的角度来看，在大陆法系和普通法系国家存在着一个一般性规则，合同各方具有缔约的自由。合同自由背后的原因是个人自治和公共利益。合同受到当事人的约束，并且合同确定权利和责任。⁶¹³

该原则是自由主义的产物，其相信党个人从历史上的束缚和权力中解放出来时，个人有能力决定其行为和责任，并且因此人能够决定是否签订一项合同。⁶¹⁴

5.2.1 一项运行良好的PPP中的基本条款

PPP 合同的基础是创造更多的物有所值，并且一项运行良好的 PPP 合同应当贯彻下列合同的要素：⁶¹⁵

具有法律约束力的条款	基于流程的条款
------------	---------

⁶¹³ Flume, Allgemeiner Teil des B ürgerlichen Rechts, Band 2: *Das Rechtgeschäft*, 4. Aufl. 1992, p. 7

⁶¹⁴ K. Zweigert & Kötz, *An introduction to comparative law*, 3 ed., Oxford 1998, p. 324.

⁶¹⁵ See also Christina D. Tvarnø, Law and Regulatory Aspects of Public–Private Partnerships: Contract Law and Public Procurement Law, *International Handbook On Public–Private Partnerships*, chapter 10. Ed. Graeme A. Hodge, Carsten Greve and Anthony Boardman, 2010, Edward Elgar.

当事人分享所有的信息。 他们已经公开簿册及账目。	参与方使得交易最优,这意味着 其优化公共设施而不是其自己的设施。
在伙伴关系的开始阶段,当事人不知道最后的产品。相反,当事人的需求是清晰的。	伙伴关系是建立在合作和互信的基础上。
当事人共担责任和失败的成本。	流程比产品更为重要,因为流程促进了最好和最有效的产品的创造

政府应当⁶¹⁶在 PPP 合同中实施上文中提到的因素,因为这能够导致在以长期的激励方面的重要转变,将注意力转向需求而不是要求,改善协调性,更好地利用核心能力,同私人参与方分享能力,提高质量,降低风险和失败,分担风险和减少成本及价格。⁶¹⁷

目标在于,公共部门参与方和私人部门参与方都从这一契约性的关系中获得,如果基于需求而不是要求履行的话。因此该合同应当不规定什么是私人参与方必须履行的;相反,其应当规定最终产品必须满足什么样的需求。

如果公共参与方界定需求以及公共利益的目标而不是对要求的传统性的界定,那么可以确保这一点。接下来将取决于私人参与方来创造设计、完成、实施、服务和融资,因为这些都是私人参与方的核心能力。⁶¹⁸

从契约的角度来看,一项 PPP 的设立能够被视为一份一直持续到收回成本的单一的合同或者两份独立的合同——其中一份是涉及到工程协议另

⁶¹⁶ The public authority also will face a number of other challenges. See for this subject Michael Burnett, *Public-Private-Partnerships (PPP) – a Decision Maker's Guide*, Institut Européen d'Administration Publique, Maastricht 2008, p. 116.

⁶¹⁷ James Barlow, Michael Cohen, Ashok Jasphapara and Yvonne Simpson, *Towards positive partnering, revealing the realities in the construction industry*, the Policy Press, Southampton, 1997, reprinted in 2002. Yves L Doz & Gary Hamel, *Alliance Advantage, The Art of Creating Value through Partnering*, Harvard Business School Press, Boston, Massachusetts, 1998. Eberhard E. Scheuing, *The Power of Strategic Partnering*, Productivity Press, Portland Oregon, 1995.

⁶¹⁸ For further discussions and analyses of Danish PPP arrangements, see Christina D. Tvarnø & *Public-Private Partnerships from a Danish perspective*, Public Procurement Law Review, 3, 2006, NA98 f. Christina D. Tvarnø *PPP and Public service Broadcasting*, Julebog 2005, Copenhagen 2005, pp. 181-201. Christina D. Tvarnø & *Public private partnership in the European Union*, The New EU Public Procurement Directives, Ruth Nielsen and Steen Treumer (Ed.), 2005, pp. 183-194.

一个涉及到服务、维护和实施的协议。在长期的实施过程中，私人参与方运营建筑或者基础设施，并且公共参与方提供典型的公共服务——例如，在一个涉及到学校的 PPP 项目中提供教学。⁶¹⁹

对于两个私人参与方而言，这种契约自由意味着当事人能够就其需要的东西达成一致。在某种程度上，私法的原则同样规制公共合同。公共合同的法律规制经常较接近于普通的私法。⁶²⁰但是当公共部门参与方与私人部门参与方之间订约时，在设置采购程序和选择私人参与方时必须遵守公共采购的规则和原则。

依据欧共同体指令 2004/18/EC 的第 1 条第(2)款(a)项中的规定，公共合同是指那些一个或者多个经济运营实体与一个或多个采购实体之间，为了金钱利益而以书面形式缔结的合同，并且合同的客体是工程施工⁶²¹、供应⁶²²和提供服务⁶²³。⁶²⁴

因此，依据采购指令或者 GPA 中的公共采购规则，PPP 中的公共采购当局必须通过招标程序选择私人采购参与方，并且必须以招标文件中拟定的合同草案为基础来缔结合同，没有任何修订和谈判的空间。⁶²⁵

一方面，公共采购法并没有界定合同的内容，并且 PPP 合同的内容并没有被公共采购规则所涵盖。但是另一方面，当事人并没有像两个私人参与方一样自由地就合同的条款进行谈判。公共采购条例和招标程序对类似于私人合同中的谈判设置了限制。

上文中所提的到的规则和原则导致了一种合同的状态，在这种状态中公共参与方必须在招标时以所有的潜在投标者都能看到合同条款的方式来公布合同的条款，并且这些潜在的投标者以同样的条款进行投标。这导致公共合同不能够从更长期的角度来考虑到所涉的货物或服务的发展。

⁶¹⁹ Great Britain was the first EU Member State to use partnering agreements. The British government uses partnering agreements to build schools, roads, office buildings etc, and has done so for more than ten years. See http://www.ogc.gov.uk/procurement_policy_and_application_of_eu_rules_uk_regulations_.asp and <http://www.opsi.gov.uk/si/si2006/20060005.htm> and http://www.hm-treasury.gov.uk/ppp_standardised_contracts.htm and other documentation on <http://www.4ps.gov.uk/PageContent.aspx?id=2&tp=Y&s=0&title=ppp&Type=1&searchbtn=Go&x=31&y=15&p=93> and <http://www.4ps.gov.uk/PageContent.aspx?id=2&tp=Y&s=0&title=ppp&Type=1&searchbtn=Go&x=31&y=15&p=88>

⁶²⁰ Hugh Collins, *Regulating Contracts*, Oxford, 1999, p. 304.

⁶²¹ Article 1(2)(b) in Directive 2004/18/EC.

⁶²² Article 1(2)(c) in Directive 2004/18/EC.

⁶²³ Article 1(2)(d) in Directive 2004/18/EC.

⁶²⁴ See Christopher H. Bovis, *EU Public Procurement Law*, Elgar European Law, p. 157.

⁶²⁵ See Simon Everts Hjelmberg, Peter Stig Jakobsen and Sune Troels Poulsen, *Public procurement law – the EU Directive on public contracts*, Copenhagen, 2006, p. 201.

5.3 PPP，谈判和法律政策的视角

发明协作性合同是为了解决对新合同模型的需求。公共部门热衷于新的合同模型，但是因为欧盟公共采购法和对谈判的禁止，其不能够从 PPP 模型中获益。

为了确保从协作性合同中获取经济利益，当事人必须在欧盟公共采购法下有权进行谈判和合作。相反，WTO、EU 和中国公共采购法的目的是为了确保持透明度、合比例性、竞争开放的公共采购市场。⁶²⁶这些主要的目标并没有支持谈判和公用设施的理念——协作性合同背后主要目标。

WTO 和 EU 都应当接受这样的事实，PPP 是传统公共交易的替代性方案，并且这一替代性方案不能够在与传统的公共安排相同的法律环境中发展。

WTO 和 EU 必须意识到对谈判和合作的需求。这两个制度确实阻碍了谈判并且没有为更有效的 PPP 合同建立一个可选择性的程序。

公共采购规制和招投标程序建立了严格的限制性规定来防止运用谈判和合作。公共合同不能够像私人合同一样由当事人之间进行谈判。公共采购规则导致了一种合同的状态，在这种状态中公共参与方必须在招标时以所有的潜在投标者都能看到合同条款的方式来公布合同的条款，并且这些潜在的投标者以同样的条款进行投标。

PPP 合同能够创造更好的和更便宜的建筑和服务。在欧盟 GPA 的 16% 被花费在公共合同中，并且最要的规则规定当事人之间不能进行谈判。

因此，一个公共合同不能够实现像私人合同提供的一样的谈判的益处。通过这一限制，在产品不典型或者不容易界定的情形下进行设计的公共合同往往是不完善的。⁶²⁷在这种情形下，谈判则显得非常具有相关性。

但是，欧共体采购规则必须考虑到与协作性合同有关的具体规则的需求。否则，公共部门不具有从谈判和合作中获得的经济利益。

5.4 对新PPP程序的建议

确保更有效的 PPP 交易的一种方式是通过设立新的允许某种程度的谈判的新程序，通过意识到 PPP 是作为一种可选择性的项目类型，或者通过适用来自于《欧盟公用事业指令》中的谈判程序来承认对谈判的需求。⁶²⁸这

⁶²⁶ Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, (2nd ed., Sweet & Maxwell, London, 2005), p. 121, Christopher H. Bovis, *EU Public Procurement Law*, Elgar European Law, 2007, p. 52 and Michael Burnett, *Public-Private-Partnerships (PPP) – a Decision Maker's Guide*, Institut Européen d'Administration Publique, Maastricht.

⁶²⁷ See also Hugh Collins, *Regulating Contracts*, Oxford, 1999, pp. 308.

⁶²⁸ Directive 2004/17/EC of The European Parliament And of The Council of 31 March 2004 coordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors.

一程序必须与之前建议的对PPP安排的严密的法律定义相结合。只有PPP安排属于严密的法律定义的范畴之内，才能够适用谈判程序。

确保更有效的交易的一种方式是通过设立新的允许某种程度的谈判的新程序，通过意识到PPP是作为一种可选择性的项目类型，来承认对谈判的需求。⁶²⁹

另外一种方式是适用在欧盟公共采购指令第9、40和45条中已经存在的谈判程序。

依据第1条第(9)款第C段，谈判程序要求采购实体询问经济运营实体的选择并且同一个或者多个经济运营实体就合同条款开展谈判。

与设计一个新的PPP程序相比，谈判程序将是与具有法律约束力的严密的PPP定义密切相关的一种选择性程序。

6. 竞争性对话——不是对谈判问题的解决方案

当通过竞争性对话程序授予合同时，依据第29条第(1)款，合同必须以唯一的最具经济优势的授予标准为基础来授予；依据第29条第(2)款，并且公共参与者必须在通知文件中确立需求和要求。

在依据第44至52条实施选择程序之后，公共参与方同投标者开展对话。对话的目的在于确定和界定最适合于满足公共参与方复杂需求的方式。依据第29条第(3)款，⁶³⁰公共参与方可以在对话中讨论合同的各个方面，只要公共参与方确保给予所有的投标人平等待遇。当包含对话时，投标者给予在对话中确定的方案来提交最后的投标；见第29条第(6)款。公共参与方需要以最具经济优势的投标为基础评估投标书；依据第29条第(7)款。

因此，欧盟成员国有践行欧盟采购法的要求的法定义务，通过一直关注于欧共体采购指令中对禁止谈判的这些限制性的规定。

根据委员会的意见，竞争性对话将在与投标者的讨论中提供必要的灵活性，在PPP合同的设立阶段就合同的各个方面。同时，这些程序将确保该对话行为是遵循了欧盟条约的透明度原则和平等待遇原则的。⁶³¹

竞争性对话程序不足以确保从PPP中获取经济利益。欧盟的PPP所面临的重要的法律挑战是，有必要从PPP项目中完全获利并且当事人能够参与

⁶²⁹ Directive 2004/17/EC of The European Parliament And of The Council of 31 March 2004 coordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors.

⁶³⁰ Contracting authorities may not reveal to the other participants solutions proposed or other confidential information communicated by a candidate participating in the dialogue without his/her agreement, also according to Article 29(3).

⁶³¹ Also see COM(2004)327, section 25.

高度的谈判和合作，这一措施在某种程度上被公共服务指令2004/18/EC和禁止谈判有关的欧共体法律原则所禁止。竞争性对话程序并不允许谈判。如上所述，为了获得公共设施，在PPP安排中的谈判十分有必要，这是实现更多物有所值的基础性因素。

7.对未来PPP的建议

在一个理想的世界中，一项关于PPP的法律框架的功能减少当事人之间的机会主义的倾向以及机会主义的行为。同时，该法律框架将减少当事人和参与方利益联盟间对机会主义行为的担心。⁶³²

其他经济理论能够解释对在契约性伙伴关系中对机会主义行为担心的现状这一问题。在其交易理论中，Williamson 解释到，机会主义同保证措施具有负相关性⁶³³，并且 Gulati 主张，这一担心反映了对组织所维系的合作性关系的完全变更的消极性违背。⁶³⁴

有必要认识到 PPP 中的一个重要因素在于，私人部门参与方与公共部门参与方之间的合作。但是，一般而言采购规则要求在招标程序中由公共参与方设立几乎所有的条件，并且在授予合同之后仅有少部分能够被变更。⁶³⁵

研究文献中讨论了法律支持和与明确的 PPP 安排有关的法律规则的必要性。Pongsiri 就发展中国家有关的方面认为：

*“条例是在发展中国家提供公共服务时，维护竞争性市场原则的一个重要因素。尽管发展中国家的许多政府部门已经签署了其第一个示范性的公私伙伴关系的合同，但还没有为监督私人经营者的履行和确保遵从契约而签署法律和规制框架。”*⁶³⁶

Pongsiri 进一步认为：

“应当尽快建立规制制度，以清楚地界定财务履行 (financial performance)的规则，为负有实施责任的员工提供实践性经验，以及为私

⁶³² J. Hennart, A transaction cost theory of equity joint ventures, strategic management journal, vol. 9, no. 4, pp. 361-374.

⁶³³ Oliver Williamson, Markets and Hierarchies, analysis and antitrust implications, The Free Press, Ney York, 1975.

⁶³⁴ Gulati, The dynamics of alliance formation, Dissertation Abstract International, vol. 54, no. 11, pp. 4170.

⁶³⁵ See Simon Everts Hjelmberg, Peter Stig Jakobsen and Sune Troels Poulsen, *Public procurement law – the EU Directive on public contracts*, Copenhagen, 2006, p. 201.

⁶³⁶ Nutavoot Pongsiri, Regulation and public private partnership, International Journal of Public Sector Management, vol. 15, no. 6, 2002, pp. 487-495, page 490.

人部门提供保证，该规制制度应包括对征用的保护、商事争议的仲裁以及对契约性协议的尊重。”⁶³⁷

也可以认为，当合作是 PPP 如此重要的目标时，产生了一些问题，因为欧盟、联合国和 WTO 的采购规则都没有确保该合作。因此，采购规则的原则是确保竞争、平等待遇和透明度，而不是合作。

合作依赖于对功能的信任。信任是关系发展的指示器，也是 PPP 的重要因素。合作和信任是关系管理中的重要因素。Edkins 和 Smyth 认为：

*“关系管理为交易提供了一个可选择的改变方式，改变了注重降低成本的管理，并且通过合同的最少分数来满足合同条件从而进行管理。”*⁶³⁸

关系管理是 PPP 安排的最重要的部门，并且包括了观察到的价值、服务的满意度、顾客的忠诚度、关系的价值以及收益率。⁶³⁹

在一个鼓励关联采购的 PPP 合同中，将期待在组织制度和程序中规定关系发展的范围，当使用从关系管理范例中获得的原则时。Edkins 和 Smyth 认为：

*“在理论上这将创造高度信任的环境，该环境是可持续性的，倘若在个人和组织的层面，所有的当事人能够表达对关系发展的信任和投资的意愿。”*⁶⁴⁰

PPP 有关的合作和明确的法律规则，不仅仅只是发展中国家的需求；其是所有国家在政府层面的一般需求。法律必须确保公共部门参与方与私人部门参与方之间建立有效合作的可能性。

如果该法律框架并不起效果，那么有利于 PPP 合法行为的发生。这种情况发生在当事人都从过去的法律安排中携带“包裹”进入该 PPP 项时。该“包裹”由对程序、规则合同条款等基于传统采购项目的知识所组成。这能导致服务提供者是“covering his back”的情况发生，表现为在合同中更关注于符合绩效标准(the performance criteria)而不是寻找真正的实惠(real benefits)。这种行为能够导致关系的破裂以及信任和合作基础的破裂。⁶⁴¹

⁶³⁷ Nutavoot Pongsiri, Regulation and public private partnership, International Journal of Public Sector Management, vol. 15, no. 6, 2002, pp. 487-495, page 490.

⁶³⁸ Andrew J. Edkins and Hedley J. Smyth, Contractual Management in PPP Projects, Journal of professional issues in engineering education and practice, 2006, p. 82-93, at page 83.

⁶³⁹ Ford, Håkansson and Snehota, Managing business relationship, 2003, Wiley, London.

⁶⁴⁰ Andrew J. Edkins and Hedley J. Smyth, Contractual Management in PPP Projects, Journal of professional issues in engineering education and practice, 2006, p. 82-93, at page 85.

⁶⁴¹ See also Andrew J. Edkins and Hedley J. Smyth, Contractual Management in PPP Projects, Journal of professional issues in engineering education and practice, 2006, pp. 82-93, at page 85.

这种破裂将导致自私的行为和机会主义，这是 PPP 项目所寻求获得的 joint utility 和普遍福利的相反方面。

具体的 PPP 规则的目标必须是提高法律的确信性和避免发生机会主义行为的法律环境。同样，法律的确信性能够减少对传统的采购规则将使得 PPPs 变得没有吸引力或者变得不可能实施的担心。

关于法律的确信性，接下来介绍两种方式：

一种方式是，现存的公共采购规则以及原则涵盖所有的 PPPs，致使没有必要定义 PPP。这是自然法的解决方案。现存的涵盖所有新的理念和创造新的公共部门和私人部门之间合作类型的需求，以及该市场所创造的所有情形。但是，这一传统的法律解决方案并没有考虑到 PPP 为了创建一个有效率的 PPP 而在合作和产出的需求方面具有典型特征。

另外一个方式是在与市场条件相似的条件下让公共当局使用同私人部门合作的选择权。一般而言，这一解决方案是与采购程序相冲突的

一个简单的解决方案是在公共采购条例中制定具体的 PPP 规则——既在欧盟层面又在 WTO 层面——并且合法地界定到底什么是 PPP，PPP 应当如何建立，怎样确保在选择私人参与方时的公平和透明竞争，以及如何运营一项 PPP。

当实现这些的时候，PPP 能够使用一种不同的采购规则，这些规则熟知 PPP 的具体目标，公共服务能够基于市场条件以及同市场有关的利润而运营，并且能够优先考虑合作。已经知道的《欧盟公用事业指令》中的谈判程序可以作为一个容易的解决方案。

因此，如果 PPP 不属于任何 PPP 定义的范畴，那么传统的公共采购规则将适用于该 PPP 的设立。仅当满足 PPP 的严格定义时，该具体 PPP 规则才适用于 PPP。

应当强调的是，欧盟公共采购法的目标和初衷是好的。但不是在对公共部门参与方和私人部门参与方之间的新型合作方式存在着特定需求或市场时。

尽管同样受到特殊程序规则的规制，PPP 规制应当允许在传统激励性采购构架允许特殊的转向，这对 PPP 而言是必要的。PPP 拥有通过改变合作的激励架构来实现更经济有效的目标。